

УДК 343.9:343.95

DOI 10.33244/2617-4154.1(14).2024.123-131

О. А. Пушкар,

канд. юрид. наук,

докторант,

Державний податковий університет

e-mail: o_2014zrm@ukr.net

ORCID ID 0009-0007-9966-9693

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРИЙНЯТТЯ ПРОПОЗИЦІЙ, ОБІЦЯНКИ ТА ОДЕРЖАННЯ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

Статтю присвячено кримінально-правовим аспектам розмежування прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди службовою особою. Автор, досліджуючи цю тему, аналізує юридичний контекст, в якому застосовуються зазначені поняття, і вивчає відповідні законодавчі акти, а також доктринальні підходи до розуміння критеріїв розмежування різних форм об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України.

Окрема увага у статті приділяється висвітленню ключових аспектів розмежування між прийняттям пропозиції та прийняттям обіцянки неправомірної вимоги, які є окремими формами об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. Автором доведено, що об'єктивна сторона досліджуваного кримінального правопорушення може виражатися як у формі протиправної дії, так і протиправної бездіяльності.

У статті проведено дослідження кожної з визначених форм об'єктивної сторони прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою на правові аспекти аналізу положень Кримінального кодексу України.

Автор звертає увагу на те, що ключовим критерієм відмежування отримання пропозиції та отримання обіцянки неправомірної вигоди є те, що прийняття пропозиції стосується згоди на умови угоди, тоді як прийняття обіцянки неправомірної вигоди вказує на отримання та використання неправомірно одержаної користі.

Аргументовано, що, на відміну від одержання обіцянки або пропозиції неправомірної вигоди, фактичне одержання неправомірної вигоди полягає в тому, що дія щодо набуття особою вигоди чи користі на її адресу або на адресу третьої особи відбулася фактично, тобто є завершеною.

Доведено, що одержання пропозиції неправомірної вигоди виражається в тому, що особа погоджується, активно або пасивно, на пропозицію щодо отримання неправомірної вигоди.

Ключові слова: *неправомірна вигода, об'єктивна сторона, протиправне діяння, кримінальна відповідальність, обіцянка, пропозиція, прийняття.*

Постановка проблеми. Відповідно до примітки до ст. 45 Кримінального кодексу України (далі – КК України) прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК України) віднесено до корупційних кримінальних правопорушень. Водночас, як свідчить аналіз положень ч. 1 ст. 368 КК України, об'єктивна сторона складу цього кримінального правопорушення передбачає множинність форм його вчинення. Тому для правильної кваліфікації цього виду кримінального правопорушення необхідно провести кримінально-правовий аналіз щодо розмежування таких форм вчинення злочину, передбаченого ст. 368 КК України, як «прийняття пропозиції неправомірної вигоди», «прийняття обіцянки неправомірної вигоди» та «одержання неправомірної вигоди» службовою особою.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти проблеми розмежування прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди службовою особою досліджували такі науковці, як М. Б. Желік, В. М. Кабаєв, О. М. Таркан, В. Я. Тацій, А. М. Шершак-Гукова та ін. Аналіз цих досліджень свідчить про те, що в цих роботах визначено досить широке коло питань щодо розмежування способів здійснення кримінального правопорушення у формі прийняття пропозиції, прийняття обіцянки та фактичного одержання неправомірної вигоди. Однак для повноти та ґрунтовності дослідження порушеної проблематики та визначення способів щодо вирішення проблеми розмежування різних форм об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, необхідно також визначити семантичні та деякі інші кримінально-правові аспекти розмежування відповідних понять.

Постановка завдання. Метою цієї наукової статті є проведення кримінально-правового розмежування прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди службовою особою та визначення основних проблем такого розмежування.

Виклад основного матеріалу. Як показує аналіз диспозиції частини першої ст. 368 КК України, об'єктивну сторону складу кримінального правопорушення, передбаченого цією статтею, складають такі форми діяння: 1) прийняття пропозиції неправомірної вигоди; 2) прийняття обіцянки неправомірної вигоди; 3) одержання неправомірної вигоди; 4) прохання надати неправомірну вигоду [1]. Причому кожна з указаних форм протиправного діяння може здійснюватися службовою особою як на свою користь, так і на користь третьої особи.

У науковій літературі визначено декілька підходів до розмежування таких форм вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, як прийняття пропозиції, прийняття обіцянки та одержання неправомірної вигоди.

Зокрема, у Науково-практичному коментарі до Кримінального кодексу України зазначається, що прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди – це згода

(погодження, виявлення готовності) службової особи на надання їй певної вигоди. На відміну від прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди, одержання неправомірної вигоди передбачає будь-який спосіб її прийняття службовою особою особисто або через посередника. Важливо, що кримінальна відповідальність за одержання неправомірної вигоди настає тільки за умови, якщо службова особа одержала її за вчинення чи невчинення дій в інтересах того, пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи з використанням наданої їй влади чи службового становища. Також у згаданому вище Науково-практичному коментарі до КК України також визначено поняття «прохання» неправомірної вигоди як звернення службової особи із закликом надання неправомірної вигоди в чіткій та ввічливий формі з повагою до права особи відмовити в задоволенні такого прохання [2].

Отже, прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди – це дія службової особи, яка виражається у волевиявленні службовою особою прийняти певну вигоду в майбутньому, але без фактичного прийняття такої вигоди.

У науковій літературі висловлюється думка про те, що прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди може здійснюватися в будь-якій формі, охоплюючи конклюдентні дії, в усній чи письмовій формі, за допомогою інформаційних технологій тощо [2].

Водночас дискусійним у науці кримінального права є питання про те, чи може вчинятися кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368 КК України, у формі бездіяльності, зокрема, чи може службова особа у формі бездіяльності прийняти пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди.

З цього приводу О. О. Дудоров та Я. В. Ризак висловили думку про те, що саме бездіяльність службової особи слугує спонукальним мотивом надання неправомірної вигоди. На думку вчених, службова особа, яка не заявляє відкрито жодних погроз та не вчиняє якихось конкретних активних дій, може провокувати зацікавлену особу в наданні їй неправомірної вигоди. Причому така бездіяльність, як вважають науковці, може за певних умов та обставин сприйматися як прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди. Крім того, ознакою готовності службової особи прийняти пропозицію або обіцянку неправомірної вигоди на свою користь чи на користь третьої особи може бути фактичне здійснення або нездійснення певних дій, про які просить зацікавлена особа. Обов'язковою ознакою вимагання у прихованій (латентній) формі, на думку вчених, є його умисність, а тому для кваліфікації діянь за цією ознакою потрібно встановити, що службова особа юридичної особи приватного права усвідомлювала, що її поведінка ставить особу у відповідні умови, та бажала так вчиняти, маючи на увазі одержання неправомірної вигоди [3, с. 182].

До того ж службова особа, яка виявляє намір отримати неправомірну вигоду, може також навмисно, протягом тривалого часу, відмовлятися від виконання своїх безпосередніх службових обов'язків, які вона має здійснити відповідно до закону, тим самим «натякаючи» (провокуючи) громадянину, який звернувся для отримання відповідної адміністративної послуги чи реалізації іншого свого права до такої службової особи, про необхідність надати певну «винагороду» за таку послугу або іншу дію, на яку він має право згідно із законодавством.

Пушкар О. А. Кримінально-правовий аспект розмежування прийняття пропозиції, обіцянки та одержання службовою особою неправомірної вигоди

Зі свого боку В. М. Кабаєв, визначаючи характерні відмінності між прийняттям пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди та фактичним одержанням неправомірної вигоди, зауважує, що перша форма вчинення цього кримінального правопорушення виражається у згоді (утвердженні, вираженні готовності) службової особи отримати неправомірну вигоду. Фактичне отримання неправомірної вигоди, на відміну від прийняття пропозиції чи обіцянки такої вигоди, охоплює будь-який спосіб її прийняття службовою особою, яка обіймає певне становище, як особисто, так і через посередника [4, с. 406].

В аспекті цього дослідження також важливо уточнити семантичну різницю між пропозицією надати вигоду та обіцянкою надати таку вигоду, що, відповідно, дасть змогу розмежувати прийняття пропозиції та прийняття обіцянки службовою особою.

На думку В. М. Кабаєва, під терміном «пропозиція» потрібно розуміти висловлення особи, яка має службове становище, про намір прийняти неправомірну вигоду. Стосовно змісту поняття «обіцянка», мають на увазі висловлення такого наміру, охоплюючи інформацію про час, місце та спосіб надання неправомірної вигоди [4, с. 406].

Зі свого боку в Науково-практичному коментарі до КК України під пропозицією пропонується розуміти висловлення службовій особі наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди [2].

Аналогічне визначення міститься у ч. 3 примітки до ст. 354 КК України, в якій вказано, що таке розуміння пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди характерно, зокрема, для кваліфікації кримінального правопорушення за ст. 368 КК України [1].

Так, можна уточнити, що розмежування пропозиції та обіцянки надати неправомірну вигоду можна здійснювати за критерієм «конкретності» або «визначеності», за яким пропозиція є менш конкретною для набувача дією, яка виражається у висловленні зацікавленою особою певного наміру колись (без визначення конкретного часу), десь (без вказівки на конкретне місце або спосіб) надати якусь вигоду (може бути навіть без предметного уточнення). У той час, як обіцянка надати певну вигоду вже набуває конкретно визначеного характеру та виражається в намірі надати конкретно визначене благо (річ, об'єкт, грошові кошти тощо) у заздалегідь оговореному місці, у певний час та оговорений конкретний спосіб.

Водночас вчинення кримінального правопорушення як у формі прийняття пропозиції, так і прийняття обіцянки чи вже безпосередньо одержання неправомірної вигоди, може здійснюватися в різний спосіб.

О. М. Таркан у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому методиці розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, доходить висновку, що спосіб прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди необхідно розглядати як єдину систему прийомів і операцій, які застосовує набувач неправомірної вигоди та його співучасники на всіх етапах протиправної діяльності. Водночас науковець виокремлює такі етапи вчинення відповідного кримінального правопорушення: 1) підготовка; 2) безпосереднє вчинення

та приховування факту прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди; 3) виконання або невиконання службовою особою певних дій за неправомірну вигоду. Водночас учений вважає, що для способу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, характерним є етап підготовки, а менш типовими є дії, спрямовані на його приховування. За результатом проведеного науково-правового аналізу, О. М. Таркан доходить висновку, що безпосереднє вчинення цього кримінального правопорушення найчастіше здійснюється у спосіб передавання предмета неправомірної вигоди в натурі під час безпосереднього контакту надавачем одержувачу [5, с. 80].

У сучасних умовах розвитку технологій та цифровізації всіх сфер суспільних відносин, усе частіше безпосередній контакт одержувача неправомірної вигоди та зацікавленої особи – надавача такої вигоди замінюється на інші форми, наприклад повідомлення засобами електронного зв'язку про місце, де перебуває предмет угоди або про спосіб отримання послуги, якщо саме в такій формі надається неправомірна вигода тощо.

М. О. Комарницька, розмежовуючи досліджувані форми вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, вважає, що прийняття пропозиції – це створення можливостей для реального отримання неправомірної вигоди в недалекому майбутньому або фактичне отримання неправомірної вигоди одразу після надання згоди на його отримання, що виявляється у формі прийняття пропозиції. Водночас, на думку вченої, прийняття обіцянки одержання неправомірної вигоди – це потенційна можливість одержання неправомірної вигоди в майбутньому, але не одразу після прийняття такої обіцянки. Обіцянка – це, як вважає науковець, можливість настання в майбутньому бажаного становища для особи, яка вчинятиме певне діяння на користь особи, що пропонує обіцянку, чи іншої особи [6, с. 87].

Наведені критерії розмежування видаються досить ґрунтовними та дають можливість більш чітко зрозуміти різницю між відповідними формами вчинення досліджуваного виду кримінального правопорушення.

У своєму дисертаційному дослідженні М. Б. Желік наводить такі аргументи щодо розмежування «прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди», «прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи» та «пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання такої вигоди»: 1) факт прийняття пропозиції неправомірної вигоди, без «підкріплення» його відповідними діями, не має чіткого вияву на практиці, що свідчить лише про ймовірне виявлення умислу, за що не передбачена кримінальна відповідальність; 2) факт прийняття пропозиції неправомірної вигоди складно, а то й неможливо, довести у правозастосовній діяльності, оскільки для того, щоб притягнути службову чи іншу особу, дії якої підпадають під ознаки досліджуваних складів злочинів, до кримінальної відповідальності, потрібні вагомі докази, а не лише її згода на одержання неправомірної вигоди; 3) прийняття обіцянки неправомірної вигоди необхідно розглядати як готування до вчинення злочину та кваліфікувати відповідні дії за ч. 1 ст. 14 та відповідною статтею Особливої частини КК України, де передбачена відповідальність за одержання неправомірної вигоди конкретним суб'єктом [7, с. 114].

Водночас деякі науковці також уточнюють, що прийняття пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди службовою особою вважаються закінченими вже на стадії готування до вчинення певного діяння, що зумовлено тим, що наведене діяння навіть на стадії готування є настільки суспільно небезпечним, що законодавець встановив за його вчинення кримінальну відповідальність як за вчинення закінченого злочину [8].

У цьому аспекті дійсно можуть виникнути певні проблеми в розмежуванні складів злочину прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди як закінченого злочину чи підготовки до одержання неправомірної вигоди. Зокрема, складність такого розмежування виявляється в тому, що прийняття обіцянки надання неправомірної вигоди або навіть пропозиції є нічим іншим, як підготовкою до одержання неправомірної вигоди. Відповідно, формулюючи у такий спосіб диспозицію ст. 368 КК України, законодавець визначив прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди як закінчений склад злочину, які за фактом є підготовкою до вчинення такого злочину у формі одержання неправомірної вигоди.

З цього приводу необхідно погодитися з деякими науковцями, які зазначають, що соціальна потреба у криміналізації правопорушення, пов'язаного із прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, знаходить своє відображення в необхідності конкретизувати та уточнити існуючі склади корупційних правопорушень з метою правильної кваліфікації корупційної протиправної діяльності та недопущення уникнення відповідальності службових осіб за скоєння корупційного правопорушення [9, с. 272].

Висновки. Отже, об'єктивну сторону складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, становлять такі види протиправних діянь: 1) прийняття пропозиції надати неправомірну вигоду; 2) прийняття обіцянки надати неправомірну вигоду; 3) одержання неправомірної вигоди; 4) прохання надати неправомірну вигоду.

Розмежування таких дій, що складають об'єктивну сторону кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, як прийняття пропозиції, прийняття обіцянки та одержання неправомірної вигоди службовою особою потрібно проводити з урахуванням таких критеріїв: 1) закінченість: прийняття пропозиції чи обіцянки надати неправомірну вигоду є, по суті, підготовчим етапом фактичного одержання неправомірної вигоди; 2) конкретність: прийняття пропозиції та прийняття обіцянки надати неправомірну вигоду є закінченим складом злочину, передбаченого ст. 368 КК України, та відрізняється між собою конкретністю та визначеністю, зокрема пропозиція є менш конкретною для набувача дією, яка виражається у висловленні зацікавленою особою наміру колись (без визначення конкретного часу), де (без вказівки на конкретне місце або спосіб) надати якусь вигоду (може бути навіть без предметного уточнення), а обіцянка вже містить конкретність з цих питань; 3) форма: одержання неправомірної вигоди завжди передбачає певну активність одержувача вигоди, що виражається принаймні у фактичному її прийнятті (фізичному одержанні, використанні, передачі тощо), водночас прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди може здійснюватися й у формі бездіяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 11.01.2024).
2. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар : у 2 т. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те видання., допов. Х. : Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с.
3. Дудоров О. О., Ризак Я. В. Проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи юридичної особи приватного права. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 180–190.
4. Кабаєв В. М. Особливості об'єктивних ознак злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 404–409.
5. Таркан О. М. Методика розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою органу поліції : дис. ... д-ра філософії. Харків, 2021. 244 с.
6. Комарницька М. О. Відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за кримінальним правом України : дис. ... д-ра філософії. Львів, 2021. 203 с.
7. Желік М. Б. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: кримінально-правова характеристика : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2018. 258 с.
8. Шлапко Т. В., Олондарь В. С. Деякі особливості кваліфікації прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою у світлі антикорупційної реформи. URL : https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/68336/4/Shlapko_Olondar.pdf ; jsessionid=EBE315A1BC38629E37825DB6D2EA0F45 (дата звернення: 11.01.2024).
9. Шершак-Гукова А. М. Соціальна обумовленість криміналізації прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. *Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство»*. 2022. № 2. С. 267–272.

REFERENCES

1. Criminal Code of Ukraine dated 04/05/2001 № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (date of application: 11.01.2024).
2. Criminal Code of Ukraine: scientific and practical commentary : in 2 volumes; in general ed. V. Ya. Tatsiya, V. P. Pshonky, V. I. Borysova, V. I. Tyutyugina. 5th edition., supplement. Kh. : Pravo, 2013. T. 2 : Special part / Yu. V. Baulin, V. I. Borisov, V. I. Tyutyugin and others. 2013. 1040 p.

3. Dudorov O. O., Ryzak Y. V. Problematic issues of claiming undue advantage when committing bribery of an official of a legal entity under private law. *Herald of criminal justice*. 2015. № 1. P. 180–190.

4. Kabaev V. M. Peculiarities of objective signs of crimes committed by officials who occupy a particularly responsible position. *Journal of the Kyiv University of Law*. 2020. № 2. P. 404–409.

5. Tarkan O. M. Methodology of investigating the acceptance of an offer, promise or receipt of an illegal benefit by a police official : diss. ... doctor of philosophy. Kharkiv, 2021. 244 p.

6. Komarnytska M. O. Liability for accepting an offer, promise or receiving an unlawful benefit under the criminal law of Ukraine : diss. ... doctor of philosophy. Lviv, 2021. 203 p.

7. Zhelik M. B. Acceptance of an offer, promise or receipt of undue benefit: criminal-legal characteristics : diss. ... candidate legal of science Lviv, 2018. 258 p.

8. Shlapko T. V., Olondar V. S. Some features of qualifications for acceptance of an offer, promise or receipt of undue benefit by an official in the light of the anti-corruption reform. URL : https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/68336/4/Shlapko_Olondar.pdf ; jsessionid=EBE315A1BC38629E37825DB6D2EA0F45 (access date: 11.01.2024).

9. Shershak-Gukova A. M. Social conditioning of criminalization of acceptance of an offer, promise or receipt of an illegal benefit by an official. *Electronic scientific publication "Analytical and comparative jurisprudence"*. 2022. №. 2. P. 267–272.

O. A. Pushkar. THE CRIMINAL-LEGAL ASPECT OF DISTINGUISHING THE ACCEPTANCE OF AN OFFER, A PROMISE AND RECEIVING AN UNLAWFUL BENEFIT BY AN OFFICIAL PERSON

The article is devoted to the criminal law aspects of the distinction between acceptance of an offer, promise and receipt of an illegal benefit by an official. The author, researching this topic, analyzes the legal context in which the mentioned concepts are applied and studies the relevant legislative acts, as well as doctrinal approaches to understanding the criteria for distinguishing different forms of the objective side of the criminal offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine.

The article pays special attention to highlighting the key aspects of the distinction between acceptance of an offer and acceptance of a promise of an unlawful demand, which are separate forms of the objective side of the criminal offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine. The author proved that the objective side of the investigated criminal offense can be expressed both in the form of illegal action and illegal inaction.

The article researches each of the defined forms of the objective side of accepting an offer, promise, or receiving an illegal benefit by an official for legal analysis of the provisions of the Criminal Code of Ukraine.

The author draws attention to the fact that the key criterion for distinguishing between the receipt of an offer and the receipt of a promise of undue benefit is that the acceptance of an offer refers to the agreement to the terms of the agreement, while the acceptance of the promise of undue benefit indicates the receipt and use of an improperly obtained benefit.

Пушкар О. А. Кримінально-правовий аспект розмежування прийняття пропозиції, обіцянки та одержання службовою особою неправомірної вигоди

It is argued that, in contrast to receiving a promise or offer of an unlawful benefit, the actual receipt of an unlawful benefit consists in the fact that the act of obtaining a benefit or benefit by a person to his address or to the address of a third person has actually taken place, that is, it has been completed.

It has been proven that receiving an offer of undue benefit is expressed in the fact that a person agrees, actively or passively, to an offer to receive an undue benefit.

Key words: *unlawful benefit, objective party, illegal act, criminal liability, promise, offer, acceptance.*

Стаття надійшла до редколегії 10 січня 2024 року