

*Summary***Myhalenko D.G. Legal nature of shakedown of grafts and illegal benefit.**

– Article.

In the state and society the attitudes to bribe extortion was negative enough in all times.

Bribe extortion has important legal sense because if it is a bribe extortion then responsibility of bribetaker is higher, and the bribegiver is relieved from responsibility. So this question requires the precise understanding and application of it.

**Key words:** bribery, undue advantage, extortion of the bribery, official status.

УДК 343.53(477)

*Н.М. Кісіль*

**ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ  
ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ**

Законом України від 11 червня 2009 р. № 1508-VI Кримінальний кодекс України [1] (далі по тексту – КК) доповнений статтею 368<sup>1</sup>, якою передбачена відповідальність за одержання службовою особою неправомірної вигоди або передачу нею такої вигоди близьким родичам, статтею 235<sup>4</sup>, частиною 3 якої передбачена відповідальність за одержання службовою особою юридичної особи приватного права неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто передає чи надає такі вигоди, або в інтересах третіх осіб, статтею 369<sup>1</sup>, частиною 3 якої передбачена відповідальність за одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, поєднане з вимаганням такої вигоди, а Кодекс України про адміністративні правопорушення [2] (далі по тексту – КпАП) доповнений статтею 212<sup>21</sup>, якою передбачена відповідальність за одержання суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення неправомірної вигоди для себе чи іншої особи у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, та статтею 212<sup>32</sup>, якою передбачена відповідальність за одержання особою особистого подарунка (дарунка) на порушення вимог закону. При цьому у КК України є ст. 368, що передбачає відповідальність за одержання хабара, зміни в яку не вносилися. Закон № 1508-VI повинен був бути введений у дію з 1 січня 2010 р., однак його введення в дію перенесено на 1 квітня 2010 р. Законом від 23 грудня 2009 р. № 1778-VI

Таким чином, із введенням у дію пакета антикорупційних законів від 11 червня 2009 р. чотирма статтями КК і двома статтями КпАП передбачається відповідальність за одержання службовою особою неправомірної вигоди. Крім того, Законом від 11 червня 2009 р. №1508-VI КК доповнений ст. 235<sup>5</sup>, частиною 3 якої передбачена відповідальність за одержання особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг,

а також незалежним посередником чи членом трудового арбітражу при розгляді колективних трудових спорів неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах особи, яка її надає чи передає.

Суттєвою вадою норм, якими Законом №1508-VI доповнені КК та КпАП, є неповнота законодавчого визначення їх окремих обов'язкових ознак, яка зумовить неоднакове, множинне визначення їх змісту правозастосовними органами, проблеми із розмежуванням окремих із названих складів злочинів між собою та складів злочинів і складів адміністративних правопорушень. Зокрема, законодавець не визначив критерії розмежування одержання неправомірної вигоди як корупційного адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 212<sup>21</sup> КпАП, та як злочину «незаконне збагачення», склад якого передбачений ст. 368<sup>1</sup> КК.

Стаття 212<sup>21</sup> КпАП передбачена відповідальність за одержання особою, яка, згідно з п. 1 примітки до ст. 212<sup>21</sup> КпАП, визначена як суб'єкт відповідальності за корупційні правопорушення у пунктах 1-3 ч. 1 ст. 2 Закону «Про засади запобігання та протидії корупції», неправомірної вигоди для себе чи іншої особи у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а ст. 368<sup>1</sup> КК – за одержання так званою публічною службовою особою, визначення поняття якої дається у п. 1 примітки до ст. 364 КК, неправомірної вигоди, визначення поняття якої дається у п. 1 примітки до ст. 2351 КК, або передачу нею такої вигоди близьким родичам.

Спільними ознаками зазначених складів адміністративного правопорушення (ст. 212<sup>21</sup> КпАП) та злочину (ст. 368<sup>1</sup> КК) є:

1. Предмет адміністративного правопорушення та предмет злочину, яким є неправомірна вигода. Під неправомірною вигодою як предметом корупційного адміністративного правопорушення, згідно з абз. 6 ст. 1 Закону «Про засади запобігання та протидії корупції» [3, ст. 1], розуміються грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги матеріального або нематеріального характеру, що їх одержала безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову, без законних на те підстав, у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, особа, яка належить до осіб, визначених у пунктах 1-3 ч. 1 ст. 2 Закону «Про засади запобігання та протидії корупції» суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення, а під неправомірною вигодою як предметом складу злочину «незаконне збагачення» розуміються, відповідно до п. 1 примітки до ст. 235<sup>1</sup> КК, грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги матеріального або нематеріального характеру, що їх одержала безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову, без законних на те підстав, «публічна» службова особа для себе особисто чи які вона передала близьким родичам.

2. Діяння у вигляді одержання неправомірної вигоди. При цьому незаконне збагачення як злочин (ст. 368<sup>1</sup> КК) виражається не лише в одержанні неправомірної вигоди службовою особою для себе, а й у передачі нею неправомірної вигоди близьким родичам.

3. Із суб'єктивної сторони правопорушення, передбачені ст. 212<sup>21</sup> КУпАП та ст. 368<sup>1</sup> КК, є умисними, вид умислу – прямий. Мотиви і мета одержання неправомірної вигоди не зазначені у диспозиціях частин перших цих статей як обов'язкові ознаки передбачених ними складів правопорушень.

Відмінності між цими правопорушеннями в такому: 1) коло суб'єктів адміністративного правопорушення «одержання неправомірної вигоди» більш широке, ніж коло суб'єктів злочину «незаконне збагачення»; 2) злочином «незаконне збагачення» визнається не тільки одержання особою неправомірної вигоди для себе чи іншої особи, а й передача службовою особою неправомірної вигоди близьким родичам, а ст. 212<sup>21</sup> КпАП відповідальність передбачена лише за одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи; 3) одержання неправомірної вигоди є злочином у разі, коли вона одержується службовою особою для себе чи для близьких родичів, а адміністративним правопорушенням – для себе чи будь-якої іншої особи. До таких осіб належать і близькі родичі.

Оскільки одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, законодавцем визнається адміністративним правопорушенням, то злочином одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди близьким родичам має визнаватися за умови, що розмір такої вигоди перевищує п'ять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. З наведених вище підстав, предметом адміністративного правопорушення, склад якого передбачений ст. 212<sup>21</sup> КпАП, повинна також визнаватися вигода лише матеріального характеру, незважаючи на те, що згідно з п. 2 примітки до ст. 212<sup>21</sup> КпАП у статтях 212<sup>21</sup>–212<sup>23</sup> під неправомірною вигодою слід розуміти визначення, передбачене статтею 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції», а такою у цьому визначенні визнається вигода (переваги, пільги, послуги) як матеріального, так і нематеріального характеру, оскільки дати грошовий вираз неправомірної вигоди нематеріального характеру неможливо.

Статтею 368<sup>1</sup> КК встановлено відповідальність за незаконне збагачення, яке у диспозиції ч. 1 статті визначається як одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди близьким родичам. Визначення поняття незаконного збагачення у диспозиції ч. 1 ст. 368<sup>1</sup> КК нечітке, неповне і невдале з позиції законодавчої техніки. Поняття «збагачення» двоєке за змістом – під збагаченням в етимологічному (семасіологічному) значенні розуміється як матеріальне збагачення у вигляді збільшення прибутків, майна, майнових прав тощо, так і збагачення духовне, тобто в узагальненому вигляді незаконне збагачення – це як отримання матеріального (майнового) блага (вигоди), матеріальної цінності, так і збагачення духовне. З формальним урахуванням визначення поняття неправомірної вигоди, яке дається у п. 1 примітки до ст. 235<sup>1</sup> КК, яка названа у диспозиції ч. 1 ст. 368<sup>1</sup> КК як предмет передбаченого нею складу злочину, незаконним збагаченням слід було б визнавати збагачення як матеріальне (майнове), так і духовне у вигляді отримання переваг, пільг і послуг нематеріального характеру, тобто предметом злочину, склад якого

передбачений ст. 368<sup>1</sup> КК, мали б визнаватись переваги, пільги і послуги як матеріального, так і нематеріального характеру.

Проте, визначаючи предмет складу злочину незаконного збагачення – неправомірну вигоду, хоча його ознаки у диспозиції ч. 1 ст. 368<sup>1</sup> КК законодавцем не конкретизуються і його вид та розмір формально не має значення для кваліфікації одержання неправомірної вигоди як злочину, слід враховувати, що законодавцем відповідальність за незаконне збагачення диференційована лише залежно від кількісного виразу (за єдиним критерієм) одержаної неправомірної вигоди у матеріальному виразі (формі): кваліфікуючими ознаками, передбаченими у частинах 2, 3 та 4 ст. 368<sup>1</sup> КК, визнається, відповідно, значний, великий розмір одержаної неправомірної вигоди, а особливо кваліфікуючою ознакою у ч. 4 цієї статті – особливо великий розмір одержаної неправомірної вигоди. Оскільки, згідно з приміткою до ст. 368<sup>1</sup> КК, розмір незаконного збагачення визначається лише у грошовому виразі – незаконним збагаченням у значному розмірі вважається таке, що перевищує сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, у великому розмірі – таке, що перевищує двісті неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, в особливо великому розмірі – таке, що перевищує п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, – і не міститься застереження типу «істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків» (п. 3 примітки до ст. 364 КК), яке законодавцем здійснюється у примітках до деяких статей КК при визначенні розмірів шкоди як обов'язкових їхніх наслідків, а виразити кількісно у грошовій формі «розмір» вигоди нематеріального характеру неможливо, то предметом кваліфікованих та особливо кваліфікованого складів злочину «незаконне збагачення» може бути (визнається) не будь-яка неправомірна вигода, а лише неправомірна вигода матеріального характеру.

Такі ж зауваження стосуються і складу злочину «одержання хабара» (ст. 368), предметом якого, з урахуванням положень Конвенції ООН проти корупції, Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, Закону «Про засади запобігання та протидії корупції», статей 235<sup>4</sup>, 368<sup>1</sup>, 369<sup>1</sup> КК та статей 212<sup>21</sup>, 212<sup>32</sup> КУпАП, має визнаватись будь-яка неправомірна вигода, тобто вигода як матеріального, так і нематеріального характеру. Проте слід враховувати, що у ст. 368 КК одним із критеріїв диференціації кримінальної відповідальності за одержання хабара є його розмір – одержання хабара у великому розмірі є кваліфікуючою обставиною (ознакою), а одержання хабара у особливо великому розмірі – особливо кваліфікуючою обставиною (ознакою). При цьому у п. 1 примітки до ст. 368 КК законодавець визначає великий та особливо великий розмір одержаного хабара у грошовому виразі, тобто дає оцінку предмета хабара, який має лише матеріальний характер – хабарем у великому розмірі вважається такий, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Оскільки дати грошовий вираз неправомірній вигоді нематеріального характеру неможливо, хабарем, як і неправомірною вигодою – предметом злочину, склад якого передбачений ст. 368<sup>1</sup> КК, може визнаватись (може бути) неправомірна вигода лише матеріального характеру.

Можливі два варіанти (шляхи) узгодження (вирішення) зазначених суперечностей. Перший – обумовити у п. 1 примітки до ст. 368 КК та у примітці до ст. 368<sup>1</sup> КК, що розмір одержаного хабара та розмір отриманої неправомірної вигоди набуває кваліфікуючого значення (кваліфікуючої ознаки (обставини) у разі, якщо хабар чи неправомірна вигода мають матеріальний характер, тобто примітку до ст. 368<sup>1</sup> КК після слів «незаконним збагаченням у значному розмірі» та п. 1 примітки до ст. 368 КК після слів «хабарем у великому розмірі» доповнити словами «якщо воно має матеріальний характер» (примітка до ст. 368<sup>1</sup>) та «якщо він має матеріальний характер» (п. 1 примітки до ст. 368 КК). Другий варіант – вважати, що предметом основних складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 368 та ч. 1 ст. 368<sup>1</sup> КК, є неправомірна вигода як матеріального, так і нематеріального характеру, а кваліфікуючої обставини (ознаки) неправомірна вигода у зазначених складах злочинів набуває за умови, якщо вона має лише матеріальний характер. Другий варіант є, на мій погляд, більш обґрунтованим, оскільки таке вирішення проблеми узгоджується із положеннями Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції та Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, згідно з якими предметом підкупу посадових осіб (статті 15, 16, 18 та 21 Конвенції Організації Об'єднаних Націй, статті 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і зловживання впливом (ст. 12 названої Конвенції) має визнаватись будь-яка неправомірна перевага, а також з положеннями п. 1 примітки до ст. 235<sup>1</sup> КК, згідно з яким у статті 368<sup>1</sup> КК під неправомірною вигодою слід розуміти кошти, інше майно, переваги, пільги і послуги матеріального або нематеріального характеру.

Пропозиції внести зазначені уточнення до статей 368 та 368<sup>1</sup> КК мною і моїм науковим керівником П.П. Андрушком були подані до Верховної Ради України і включені до проектів законів про внесення змін до антикорупційних законів, внесених народним депутатом України В.Р. Мойсиком (реєстраційний номер 5428 від 10 грудня 2009 р.) та народними депутатами С. Міщенком, І. Калетніком та В. Ар'євим (реєстраційний номер 5508 від 31 грудня 2009 р.).

Проектом закону р.н. 5428 пропонується викласти у новій редакції статтю 368<sup>1</sup> КК та пункти 1, 2 примітки до ст. 368 КК.

Зазначені особливості визначення складу злочину «Незаконне збагачення», які сформульовані (визначені) у ст. 368<sup>1</sup> КК законодавцем неповно, нечітко, вельми своєрідно, «оригінально», створюють труднощі у визначенні розмежувальних ознак цього складу злочину та складу злочину «одержання хабара». Це стосується, перш за все, мотивів і мети одержання службовою особою неправомірної вигоди. По-друге, у ст. 368<sup>1</sup> КК не визначається, за що службовій особі надається (надана) неправомірна вигода, чи обумовлюється її надання певною поведінкою службової особи, її службовим становищем і її повноваженнями тощо. Крім того, ознаки цього складу злочину визначені законодавцем не у відповідності до рекомендацій Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, статтю 20 якої Державам-учасницям рекомендується «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи» розглянути «можливість життя таких законодавчих та інших заходів, які можуть

бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати».

### *Література*

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26.
2. Кодекс про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради України. – 1984. – № 8073-Х.
3. Про засади запобігання та протидії корупції [Текст]: офіц. текст: за станом на 11 червня 2009 року №1506-VI. – К.: Парламентське вид-во, 2009. – 63 с.

### *Анотація*

**Кісіль Н.М.** Відповідальність за незаконне збагачення за Кримінальним кодексом України. – Стаття.

У статті аналізуються проблеми кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за Кримінальним кодексом України та положення Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції.

Зазначається необхідність вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати.

**Ключові слова:** незаконне збагачення, кримінальна відповідальність, законні доходи.

### *Summary*

**Kisil N.M.** Responsibility for the illegal enriching according to the Criminal Code of Ukraine. – Article.

In this article the author analyzed the problem of the criminal liability for illegal enrichment according to the Criminal code of Ukraine and position of the Convention of the United Nations Organization against corruption.

Necessity of using such legislative and other measures which could be necessary for a recognition of a crime as an illegal enrichment of a person which exceeds its lawful incomes.

**Key words:** illegal enriched, criminal liability, legal incomes.

УДК 343.26

*О.А. Гритенко*

## **ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЩОДО ЗЛІСНОГО ПОРУШЕННЯ ВСТАНОВЛЕНОГО ПОРЯДКУ ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ**

Категорія «злісності» використовується законодавцем як у широкому, так і у більш вузькому розумінні, проте у будь-якому разі стосується поведінки засуджених під час відбування покарання, дотримання ними умов та порядку