

**ТЕМА № 2 «КВАЛІФІКАЦІЯ КОРУПЦІЙНИХ ТА ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ  
КОРУПЦІЄЮ ЗЛОЧИНІВ»****(4 годин)****РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. (Дата звернення 10.02.2018 р.).
2. Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>. (Дата звернення 10.02.2018 р.).
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон від 3.04.2012 № 4651-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (Дата звернення 01.08.2018 р.).
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (Дата звернення 01.08.2018 р.).
5. Про засади запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/print1511514732405635> (Дата звернення 01.08.2018 р.).
6. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Наук. ред. Хавронюк М.І. К.: Ваіте, 2018. 472 с.
7. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства: вид. друге, перобл. і доповн. / за ред. М.І. Хавронюка. К.: ВД «Дакор», 2017. 514 с.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. і допов. К.: ВД «Дакор», 2018. 1360 с.

## МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Формування у здобувачів вищої освіти нетерпимості до будь-яких корупційних проявів та прищеплення навиків дотримання вимог антикорупційного законодавства як необхідної складової успішної поліцейської діяльності.

## ВСТУП

Конституція України у ч. 2 ст. 6 проголосила, що органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України. Таке положення Основного Закону однозначно зобов'язує всіх без винятку осіб, які перебувають на повному чи частковому державному забезпеченні, діяти лише так, як записано у відповідному нормативно-правовому акті. Звичайно, подібна ідилія є певною мірою утопічною, оскільки у будь-яку історичну епоху розвитку людства певні «державні мужі» намагаються та діють всупереч інтересам служби з метою одержання будь-яких додаткових привілеїв, переваг, неправомірної винагороди. Крім дещо заідеологізованої високої правової культури «чиновників» та дещо притупленої нетерпимості населення до корупційних проявів, справжньою перепорою для корупції стало вітчизняне законодавство, що знаходиться у стані постійного пошуку оптимального стану.

### **Корупційні та пов'язані з корупцією правопорушення**

За вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень особи, уповноважені на виконання публічних функцій, притягаються до

- кримінальної,
- адміністративної,
- дисциплінарної відповідальності
- цивільно-правової та

Безпосередньо адміністративна відповідальність за адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією встановлена Главою 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення - АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ.

В цій главі знаходиться 6 статей. Зміст основних статей буде опрацьований під час практичної частини наших занять.

Набагато більше корупційних правопорушень представлено в Кримінальному кодексі України.

Корупційними злочинами відповідно до Кримінального кодексу України вважаються злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 417 у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а

також злочини, передбачені статтями 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369, 369-2 ККУ. Цей перелік наведено у статті 45 ККУ.

Таких статей в цьому кодексі 19.

В межах цієї дисципліни ми не будемо розглядати всі зазначені злочини, але найбільш «популярні» ситуації будуть розглянуті на практичних заняттях. Ці злочини зосереджені у Розділі XVII Кримінального кодексу України - **ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ.**

Зокрема, в цьому розділі ККУ встановлено відповідальність за злочини, які пов'язані із роботою поліцейського:

- Стаття 364. Зловживання владою або службовим становищем
- Стаття 366-1. Декларування недостовірної інформації
- Стаття 368. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою
- Стаття 368-2 Незаконне збагачення
- Стаття 369. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі
- Стаття 369-2. Зловживання впливом

Спробуємо дати стисло характеристику деяким статтям.

**Розглянемо статтю 364 ККУ** - Зловживання владою або службовим становищем. Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, із штрафом від двохсот п'ятдесяти до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Відповідальність за статтею 364 ККУ передбачена для службових осіб. Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. Будь-який поліцейський є представником влади, тому він є суб'єктом відповідальності за такий злочин.

Ще однією умовою настання відповідальності по цій статті є завдання істотної шкоди. Істотною шкодою вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян (для цієї ситуації) станом на 1.01.2016 – 689 гривен. Тому істотною шкодою буде лише шкода, яка перевищує 68900 гривен.

**Стаття 368 ККУ** встановлює кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. В недалекому минулому це була відповідальність за одержання хабара.

Під неправомірною вигодою розуміють грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав.

Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою 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 карається

- штрафом від однієї тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або
- арештом на строк від трьох до шести місяців, або
- позбавленням волі на строк від двох до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Якщо предметом цього злочину була неправомірна вигода у значному розмірі то покарання посилюється і карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Якщо ж предметом цього злочину була неправомірна вигода у великому розмірі або вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно, або поєднане з вимаганням неправомірної вигоди, то поліцейський може бути покараний позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Якщо ж предметом цього злочину була неправомірна вигода в особливо великому розмірі, або вчинене службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, то таке діяння карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Цей злочин має градацію розміру неправомірної вигоди, яку покладено в основу покарання. Для зручності покажемо це у таблиці.

Неправомірна вигода	Розмір (НМДГ)	Розмір (гривня)
За частиною першою статті 368	До 100	До 137799
в значному розмірі (За частиною другою статті 368)	Від 100 до 200 НМДГ	137800 - 275599
у великому розмірі (За	Від 200 до 500 НМДГ	

частиною третьою статті 368)		275600 – 688 999
в особливо великому розмірі (За частиною четвертою статті 368)	Більше 500 НМДГ	Більше 689000

**Стаття 368-2 ККУ** встановлює кримінальну відповідальність за незаконне збагачення. Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі караються позбавленням волі на строк до двох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

Це означає, що поліцейський може бути притягнений до кримінальної відповідальності, якщо він не зможе довести законність отримання грошових коштів або іншого майна на суму, що перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Це становить грошові кошти, які перевищують 689 000 гривень.

Така ситуація можлива, коли важко довести факт отримання неправомірної вигоди, але в наявності є грошові кошти або інше майно, законність походження якого посадова особа не може пояснити.

**Звернемо увагу на статтю 369 ККУ**, якою встановлено кримінальну відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі. Така ситуація є дзеркальною до статті 368 ККУ. Там особа отримує неправомірну вигоду, а тут – пропонує або надає її.

Пропозиція чи обіцянка службовій особі надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища караються штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

І ще один злочин, який віднесено до корупційних – це **стаття 369-2 ККУ - ЗЛОВЖИВАННЯ ВПЛИВОМ**

Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди особі, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за таку вигоду або за надання такої вигоди третій особі вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави караються штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до двох років.

Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за

надання такої вигоди 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.

По суті, ця стаття встановлює відповідальність для посередників, які погодились вчинити вплив на особу, яка уповноважена на виконання функцій держави.

Наприклад, знайомий або родич поліцейського погодився за грошові кошти (неправомірну вигоду) вплинути на поліцейського для прийняття необхідного рішення. Тобто гроші передаються не безпосередньо особі, яка уповноважена на виконання функцій держави (поліцейському), а його знайомому. В такому разі до відповідальності може бути притягнуто і особу, яка передала неправомірну вигоду посереднику і самого посередника.

Щодо дисциплінарної відповідальності необхідно зазначити, що особа, яка вчинила корупційне правопорушення або правопорушення, пов'язане з корупцією, однак судом не застосовано до неї покарання або не накладено на неї стягнення у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, пов'язаними з виконанням функцій держави підлягає притягненню до дисциплінарної відповідальності у встановленому законом порядку.

Порядок притягнення поліцейських до дисциплінарної відповідальності визначається Законом України «Про Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ».

Цивільно-правова відповідальність за корупційні правопорушення є позадоговірною (або недоговірною). Така відповідальність настає за вчинення протиправних дій однією особою щодо іншої за відсутності між ними договору або незалежно від наявних між ними договірних відносин. Така відповідальність настає за порушення обов'язку, встановленого законом або підзаконним актом, і найчастіше виражається у формі відшкодування збитків.

Необхідно також зазначити, що поліцейським пенсія встановлюються відповідно до положень Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб».

Але особам, які мають право на пенсію за цим Законом, позбавленим спеціальних звань, а також звільненим зі служби у зв'язку із засудженням за умисне кримінальне правопорушення, вчинене з використанням свого посадового становища, або притягненням до адміністративної відповідальності за вчинення правопорушення, пов'язаного з корупцією, пенсія встановлюється на підставах, установлених Законом України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування.

### **Кваліфікація корупційних злочинів.**

Так, відповідно до закону України від 14 жовтня 2014 року «Про запобігання корупції», за вчинення корупційних правопорушень передбачено

чотири види юридичної відповідальності (альтернативних, до речі, тобто як всі одразу, так і один вид окремо):

- 1) цивільно-правова;
- 2) дисциплінарна;
- 3) адміністративна;
- 4) кримінальна.

Одразу зазначу, що найбільше проблем виникає при притягненні винуватих осіб саме до кримінальної відповідальності за корупційні злочини та злочини, пов'язані із корупцією.

Поняття корупційного злочину у якості примітки до ст. 45 Кримінального кодексу (далі – КК) України (у самій статті вказано, що за жодних умов звільнення від кримінальної відповідальності не можливе у випадку вчинення корупційного злочину) – корупційними злочинами відповідно до цього Кодексу вважаються злочини, передбачені ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені ст.ст. 210, 354, 364, 364<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 368-369<sup>2</sup> цього Кодексу. Не критикуючи зайвий раз таке «поняття» корупційних злочинів, слід вказати на парадоксальну ситуацію – за чотири корупційні злочини та один, пов'язаний із корупцією, наче б то відповідальність передбачена, проте реалізувати її неможливо.

Мова йде про прийняття у травні 2014 року закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України», яким, серед всього іншого, внесено зміни та доповнення до ст. 364 КК України в частині розуміння істотної шкоди у виключно матеріальному значенні:

*3. Істотною шкодою у [статтях 364](#), [364<sup>1</sup>](#), [365](#), [365<sup>2</sup>](#), [367](#) вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – н.м.д.г.).*

*4. Тяжкими наслідками у [статтях 364-367](#) вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують н.м.д.г.*

У висновку Головного науково-експертного управління Верховної ради України щодо тоді ще законопроекту не знайшлося місця критики таких змін, а пояснювальна записка, серед всього іншого, виділяється тим, що подібні зміни не потребують проведення консультацій із громадськістю.

В. О. Навроцький з цього приводу зазначає, що хоча у пунктах 3 та 4 примітки до ст. 364 КК України ідеться про розмір шкоди, кратний н.м.д.г., який має грошову оцінку, це зовсім не означає, що кримінальна відповідальність за зловживання владою настає лише в разі заподіяння матеріальної шкоди. Наслідки нематеріального характеру – пов'язані із заподіянням шкоди соціального, політичного, морального, організаційного та іншого характеру – не мають грошової оцінки. Відповідно, неможливо визначити еквіваленту такої шкоди в одиницях, кратних н.м.д.г. Відтак, щодо вказаних у примітці статей КК України та інших про злочини у сфері службової

діяльності, на які поширюється роз'яснення поняття істотної шкоди та тяжких наслідків, проблематично встановити і зміст наслідків нематеріального характеру, і саму наявність таких наслідків у розумінні, яке їм надає КК України. Винятком може бути хіба що врахування похідних наслідків заподіяння певної шкоди. Тому напрашується загальний висновок: як істотна шкода чи тяжкі наслідки може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру.

О. В. Кришевич та А. В. Савченко буквально розуміють нові примітки 3 та 4 до ст. 364 КК України та зазначають, що виходячи зі змісту визначення цієї ознаки (істотної шкоди) і зважаючи на те, що її не диференційовано в кримінальному законі, як це було раніше, на ту, яка полягає в заподіянні матеріальних збитків, і ту, яка має нематеріальний вимір, слід зробити висновок, що істотна шкода має виключно майновий характер. Остання включає в себе: 1) втрати, яких особа зазнала внаслідок знищення або пошкодження речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було реально порушено (упущена вигода). Розмір грошового відшкодування моральної шкоди не може включатись у зміст істотної шкоди (так само й тяжких наслідків).

Тут має місце буквально та, на жаль, єдине правильне розуміння «букви закону» – немає матеріальної шкоди, немає ні зловживання владою, ні її перевищення, ні службової недбалості.

На противагу цьому В. І. Тютюгін вважає, що у пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України законодавче визначення істотної шкоди і тяжких наслідків розкривається лише стосовно тих випадків, коли ці наслідки пов'язані із заподіянням матеріальних збитків. Але це зовсім не означає, що ці злочини не можуть спричинити і наслідки нематеріального характеру. Можливість спричинення останніх прямо впливає зі змісту диспозицій ч. 1 статей 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup> і 367 КК України, у яких наслідки визначаються як заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Отже, такі наслідки не можуть обмежуватися спричиненням лише матеріальних збитків, бо зазначені в законі відповідні права, свободи та інтереси не можуть бути зведені тільки до суто майнових, і тому шкода може бути визнана істотною, якщо порушуються не тільки майнові, а й інші, наприклад, основні конституційні права і свободи людини і громадянина (право на життя, здоров'я, особисту безпеку і недоторканість, виборчі, трудові, житлові права тощо).

Таким чином, положення, викладені у п.п. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України, поширюються далеко не на всі випадки спричинення істотної шкоди чи тяжких наслідків, а стосуються лише тих із них, які полягають у заподіянні матеріальних збитків. Інакше кажучи, у зазначених пунктах примітки зміст тих

наслідків, які можуть бути спричинені у разі вчинення злочинів, передбачених статтями 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup> і 367 КК України, розкриваються далеко не у повному обсязі. У тих випадках, коли такі наслідки полягають у заподіянні майнової шкоди і, отже, можуть бути піддані грошовій оцінці, закон (п.п. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України) чітко визначає обсяг такої шкоди, використовуючи для цього такий формалізований кількісний показник (критерій), як розмір н.м.д.г. Якщо ж при вчиненні цих злочинів спричиняється немайнава шкода, яка має оціночний характер і тому не може бути визначена за допомогою чітких кількісних (формалізованих) критеріїв, питання про визнання такої шкоди істотною чи наслідків тяжкими вирішується судом вже не на підставі пп. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України, а у кожному окремому випадку з урахуванням обставин конкретного кримінального провадження.

Таким чином, істотна шкода, як злочинний результат вчинення цих діянь:

- а) може полягати у заподіянні матеріальних збитків чи
- б) виражатися в наслідках тільки нематеріального характеру або
- в) поєднувати в собі наслідки як матеріального, так і нематеріального характеру.

Питання про істотність шкоди, яка полягає в заподіянні наслідків нематеріального характеру, вирішується в кожному окремому випадку з урахуванням обставин конкретного кримінального провадження, бо в таких ситуаціях істотна шкода є оціночним поняттям. При вирішенні цього питання потрібно враховувати ступінь негативного впливу протиправного діяння на нормальну діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських об'єднань, підприємств, організацій, установ, які належать до юридичних осіб публічного або приватного права; характер завданої нематеріальної шкоди; кількість потерпілих фізичних чи юридичних осіб; розмір моральної, організаційної шкоди тощо.

О. О. Дудоров та Г. М. Зеленов визначили зміст кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» як ознак складів злочинів, передбачених статтями 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 366, 367 КК України. На підставі аналізу висловлених у юридичній літературі підходів встановили, що внаслідок законодавчих змін від 13 травня 2014 р. сферу застосування зазначених кримінально-правових заборон обмежено. При цьому вони відстоюють положення про те, що поняттями істотної шкоди і тяжких наслідків із погляду кримінальної відповідальності за службові злочини можуть охоплюватися не лише майнові збитки, а й інші суспільно небезпечні наслідки – за умови, що відновлення порушених прав, свобод чи законних інтересів фізичних і юридичних осіб, держави або територіальної громади пов'язане з понесенням ними майнових втрат у відповідних розмірах.

Думається, що вчені намагається виправдати безглузде рішення законодавця. Разом з тим, Верховний Суд України дав однозначну відповідь, керуючись принципом верховенства закону, хоча міг би і застосувати верховенство права (про це зазначу далі).

Так, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України у

своїй Постанові від 27 жовтня 2016 року вказала, що диспозиція частини першої статті 364 і частини першої статті 365 КК України, якими передбачено відповідальність за заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру). Таким проявом немайнової шкоди, який міг би бути інкримінований засудженим А. та Б. за частиною першою статті 365 КК України як заподіяння істотної шкоди (за ознакою підриву авторитету правоохоронних органів), є позбавлення Г. права на свободу пересування протягом 4 годин, якби наслідки цього заподіяння досягли б розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Так, за конкретних обставин справи, наслідки нематеріального характеру, які піддаються грошовій оцінці (реальна шкода) та відповідно до такої оцінки досягли встановленого розміру («істотної шкоди» чи «тяжких наслідків») із заподіянням шкоди охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (соціального, політичного, морального, організаційного чи, іншого характеру), можуть бути із: спричинення фізичної шкоди – витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян – витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення, компенсацію шкоди від поширення відомостей, які ганьблять особу тощо); політичної шкоди (витрати на проведення нових виборів та заходів антитерористичного характеру тощо); організаційної шкоди (витрати на відновлення роботи установи).

При цьому Суд вважає, що у вирoku (ухвалі) має бути чітко встановлено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового злочину стало причиною відповідних наслідків. Обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено (в т.ч. цивільним позовом, як підтвердження факту та розміру реальної майнової шкоди) та не викликати сумніву.

Отже, тільки прямі матеріальні збитки або нематеріальні, проте матеріально обчисленні. Однозначно заподіяння легких тілесних ушкоджень при перевищенні влади нереально матеріально обчислити на відповідні розміри. У зв'язку із цим злочин є, а відповідальність кримінальна може настати тільки у разі подання заяви у справах так званого приватного обвинувачення. По факту – декриміналізація значної частини злочинів у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Всім відома ч. 5 підрозділу 1 Розділу XX «Прикінцеві та перехідні положення» Податкового кодексу України «якщо норми інших законів містять посилення на н.м.д.г., то для цілей їх застосування використовується сума в

розмірі 17 гривень, крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних або кримінальних правопорушень, для яких сума н.м.д.г. встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної [підпунктом 169.1.1](#) пункту 169.1 статті 169 розділу IV цього Кодексу для відповідного року 169.1.1. (сума податкової соціальної пільги у розмірі, що дорівнює 50 відсоткам розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, – для будь-якого платника податку».

У ст. 7 закону України «Про державний бюджет» вказано, що з 01 січня 2017 року прожитковий мінімум для працездатних осіб становить 1600 гривень.

Отже, для цілей застосування норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних правопорушень або злочинів використовується сума в розмірі 800 гривень, що є половиною прожиткового мінімуму для працездатних осіб на 2017 рік, н.м.д.г. в тому числі для визначення розміру істотної шкоди та тяжких наслідків у значенні примітки 3 та 4 до ст. 363 КК України. Звідси, істотна шкода для ст. ст. 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 367 КК України – 80 тис. грн., тяжкі наслідки для ст. ст. 364-367 КК України – 200 тис. грн.

Аргументи, наведені О. О. Дудоровим, Г. М. Зеленовтим, В. О. Навроцьким та В. І. Тютюгіним та іншими вченими, є цілком слушними та могли бути реалізовані Верховним судом України, керуючись наступним.

02 травня 2016 року Верховна Рада України прийняла два закони: «Про статус суддів та судоустрій» та «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя).

Нова редакція статті 129 Конституції України має вигляд: «Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права» є співзвучною зі ст. 2. Нового закону «Про статус суддів та судоустрій»: Завдання суду. 1. Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Стаття 129 Конституції України до цього передбачала, що судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону, тобто тут велася мова про верховенство закону, у вказаних змінах – про верховенство права.

У 2004 році Конституційний Суд України розтлумачив принцип верховенства права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці

елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Суддя Конституційного Суду України В. І. Іващенко не погодився із цим та вважає, що із сформульованого у наведеному рішенні визначення принципу верховенства права впливає можливість протиставлення законодавства і таких «соціальних регуляторів», як норми моралі, традиції, звичаї тощо. При цьому в разі колізії норм законів і цих «регуляторів» пріоритет надається останнім, оскільки закон «іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи».

Отже, принцип верховенства права став ключовим при здійсненні правосуддя, що надає суду по суті необмежені дискреційні повноваження, оскільки вони тепер можуть керуватися і неписаними правилами, що було неможливим при дії принципу законності.

На мою думку, таке рішення законодавця є передчасним, проте дає право суду враховувати і нематеріальні збитки від службових злочинів, оскільки закони мають бути соціально справедливими. Традиції та звичаї українського народу однозначно вимагають адекватної реакції держави на заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб службовими зловживаннями, перевищенням влади або службовою недбалості та ін. Лише час покаже, чи реалізує певний суд принцип верховенства права у наведеному випадку.

Слід звернути увагу на той факт, що ч. 2 ст. 365 КК України передбачає відповідальність за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу як дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони супроводжувалися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування.

На думку окремих вчених та практиків, такий склад злочину є формальним та не охоплює істотну шкоду як обов'язкову ознаку цього злочину, оскільки починається словами «ті самі дії...». Про хибність такого твердження свідчить розпочата реалізація принципу верховенства права навіть при відсутності вказівки на нього. Мова йде про наступне.

Так, Артемівський міськрайонний суд Донецької області 27 жовтня 2016 року визнав винуватим двох осіб у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України та зазначив, що в результаті перевищення А. і Б. службових повноважень, яке супроводжувалось застосуванням насильства, С. було спричинено забій м'яких тканин правої надбрівної дуги, який відноситься до легких тілесних ушкоджень, порушено гарантовані [Конституцією України](#) права С. на свободу, на повагу до його гідності і недоторканості, *що є істотною шкодою* (курсив мій – В.Ш.) для охоронюваних законом прав та інтересів С., та підірвано авторитет органу державної влади – Артемівського

міськвідділу (з обслуговування м. Артемівська та Артемівського району) ГУ МВС України в Донецькій області.

Рішення суду у наведеному випадку є незаконним, оскільки істотна шкода не обчислена матеріально та однозначно не досягає 80 тис. грн. Якби було посилення на вказане рішення Конституційного суду України щодо тлумачення принципу верховенства права, тоді б і згадану Постановою Верховного Суду України можна було б покритикувати.

Подібних рішень чимало: за даними Держаної судової адміністрації України, протягом 2015 року за ч. 2 ст. 365 КК України засуджено 35 осіб, за ч. 1 – 5, за ч. 3 – 2; тоді як за перше півріччя 2016 року всього лише 9 осіб, з яких 3 – за ч. 2 ст. 365 КК України. Більш того, до 2013 року (фактично до вказаних змін) за ст. 364-367 КК України щороку засуджувалось близько 1000 осіб, з яких більше третини – за службову недбалість. На сьогодні за вказаними статтями кількість засуджених становить декілька десятків на рік. Фактично небезпечна поведінка службових осіб залишилася поза межами запобіжної дії кримінального закону.

Таким чином, постійно оновлювана політика в сфері боротьби з корупцією призвела до декриміналізації значної частини злочинів у сфері службової діяльності, про що можна виразитися крилатим висловом М.І. Бажанова як «дрімуче юридичне невігластво». Як можна виміряти матеріально, наприклад, декілька годинне тримання підозрюваного прикутим до батареї у приміщенні відділу поліції мінімум на 80 тис. грн.? Як виміряти у грошовому еквіваленті мінімум на 80 тис. грн. втрачені матеріали по кримінальному провадженню? Відповідь одна – ніяк, тепер це не заборонено, це не злочини. На жаль, таких прикладів можна наводити безліч. Тут навіть принцип верховенства права не допоможе. Безглузді зміни та доповнення до КК України не піддаються жодному поясненню, а тому згадані примітки до ст. 364 КК України потребують однозначних змін.

Вивчення слідчої, прокурорської та судової практик засвідчило, що на сьогодні конфіскація майна як додаткове покарання за вчинений злочин та спеціальна конфіскація як інший захід кримінально-правового характеру можливі лише у випадку притягнення до єдиного виду відповідальності, що може наставати у випадку вчинення корупційного правопорушення – кримінальної.

Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 року [1] ст. 45 Кримінального кодексу (далі – КК) України змінено – з'явилася вказівка на неможливість звільненням від кримінальної відповідальності у випадку вчинення корупційного злочину. Корупційні злочини наведено у простому переліку примітки до ст. 45 КК України, яка вже зазнала змін. Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12 лютого 2015 року, примітку до ст. 45 КК України викладено наступним чином:

«Корупційними злочинами відповідно до цього Кодексу вважаються злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені статтями 210, 354, 364, 364<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 368-369<sup>2</sup> цього Кодексу». Також слід вказати, що змінена ст. 75 КК України прямо забороняє звільняти від відбування покарання з випробуванням, в тому числі на підставі угоди про визнання винуватості, якщо особу засуджено за вчинення корупційного злочину.

Саме ці винятки щодо заборони звільнення від кримінальної відповідальності та від відбування покарання за вчинення корупційного злочину суди дуже часто грубо порушують.

Так, наприклад, 14 квітня 2017 року Шевченківський районний суд м. Києва затвердив угоду про визнання винуватості від 13 грудня 2016 року, укладену між прокурором відділу процесуального керівництва досудовим розслідуванням і підтримання державного обвинувачення Генеральної прокуратури України А., який здійснює повноваження прокурора у даному кримінальному провадженні, та підозрюваним Б. Прокурор, захисник та обвинувачений наполягали на цьому. Суд встановив можливість такого затвердження лише на підставі відсутності процесуальних заборон, тоді як визнав Б. винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369<sup>2</sup> КК України [3].

Аналогічне рішення прийняв 26 березня 2015 року Вільнянський районний суд Запорізької області – затвердив угоду про визнання винуватості від 27 лютого 2015 року, укладену між старшим прокурором відділу нагляду за додержанням законів у сфері протидії корупції та процесуального керівництва у кримінальних провадженнях про корупційні правопорушення прокуратури Запорізької області В. та обвинуваченою у цьому провадженні К. Суд визнав винуватою К. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 369 КК України, та з урахуванням положень ст.ст. 27, 96<sup>2</sup> КК України, призначив їй узгоджене сторонами угоди про визнання винуватості від 27 лютого 2015 року покарання у вигляді 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що складає 8500 гривень, без спеціальної конфіскації. Прокурор в підготовчому судовому засіданні зазначив, що при укладенні угод були дотримані всі вимоги і правила КПК та КК України [4].

Оскаржувати таке цинічне та зухвале неправильне застосування норм матеріального кримінального права просто нікому – прокурори під час судового розгляду справи наполягають та вимагають затвердження угоди судом про визнання винуватості тоді, коли це прямо заборонено КК України. Тут мова про конфіскацію чи спеціальну конфіскацію навіть не йде. Єдиний державний реєстр судових рішень містить значну кількість подібних рішень.

Отже, конфіскацію як вид покарання та спеціальну конфіскацію як інший захід кримінально-правового характеру слід розглядати окремо.

Проблемі конфіскації як виду покарання з 2001 року присвячено більше п'яти кандидатських дисертацій. Слід вказати, що доктрина кримінального права

у цьому питанні характеризується наявністю двох діаметрально протилежних позицій – «за» і «проти» існування такого виду покарання в КК України.

КК України в ст. 59 дає визначення конфіскації майна наступним чином.

1. Покарання у виді конфіскації майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Якщо конфіскується частина майна, суд повинен зазначити, яка саме частина майна конфіскується, або перелічити предмети, що конфіскуються. 2. Конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині цього Кодексу. 3. Перелік майна, що не підлягає конфіскації, визначається законом України.

*(Додаток до Закону України «Про виконавче провадження» від 2 червня 2016 року № 1404-VIII містить перелік майна, на яке не може бути звернено стягнення за виконавчими документами – стягнення за виконавчими документами не може бути звернено на таке майно, що належить боржникові – фізичній особі на праві власності або є його часткою у спільній власності, необхідне для боржника, членів його сім'ї та осіб, які перебувають на його утриманні (крім майна та речей, що належать до предметів мистецтва, колекціонування та антикваріату, дорогоцінних металів та дорогоцінного, напівдорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення в сировині, необробленому та обробленому вигляді (виробах):*

*1. Предмети щоденного побутового особистого вжитку для задоволення щоденних фізіологічних та гігієнічних потреб (посуд, постільна білизна, засоби гігієни), речі індивідуального користування (одяг, взуття, всі дитячі речі).*

*2. Лікарські засоби, окуляри та інші вироби медичного призначення, необхідні боржникові, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні, за медичними показаннями.*

*3. Меблі - по одному ліжку та стільцю на кожну особу, один стіл, одна шафа на сім'ю.*

*4. Один холодильник на сім'ю.*

*5. Один телевізор, персональний комп'ютер на сім'ю, один мобільний телефон - на кожну особу.*

*6. Запас питної води, продукти харчування, необхідні для особистого споживання боржникові, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні, – з розрахунку на три місяці або гроші, необхідні для придбання запасів питної води та продуктів харчування для боржника, членів його сім'ї та осіб, які перебувають на його утриманні, – з розрахунку трикратного розміру мінімальної заробітної плати, що діє на день звернення стягнення, на кожну особу.*

*7. Майно, необхідне для відправлення релігійних культів та ритуальних обрядів боржником, членами його сім'ї та особами, які перебувають на його*

утриманні, професійних занять боржника, членів його сім'ї та осіб, які перебувають на його утриманні, якщо воно є єдиним джерелом доходу таких осіб, зняття особистої кустарної і ремісничої праці, книги.

8. Паливо, необхідне боржникові, членам його сім'ї та особам, які перебувають на його утриманні, для приготування щоденної їжі та опалення (протягом опалювального сезону) житлового приміщення.

9. Використовувані для цілей, не пов'язаних із провадженням підприємницької діяльності, племінна, молочна і робоча худоба (по одній одиниці), кролики (дві пари), птиця (п'ять штук), корми, необхідні для їхнього утримання до вигону на пасовища.

10. Насіння, необхідне для чергового посіву, та незібраний урожай – в осіб, які займаються індивідуальним сільським господарством (крім земельних ділянок, на які накладено стягнення).

11. Сільськогосподарський інвентар – в осіб, які займаються індивідуальним сільським господарством.

12. Технічні та інші засоби реабілітації, що забезпечують компенсацію або усунення стійких обмежень життєдіяльності людей з інвалідністю та інших категорій осіб, автомобіль, яким відповідно до закону за медичними показаннями забезпечена людина з інвалідністю безоплатно або на пільгових умовах.

13. Призи, державні нагороди, почесні та пам'ятні знаки, якими нагороджений боржник) [5].

Окремі вчені виступають виключно за збереження такого виду покарання – конфіскація майна присутня не тільки в Україні. Цей вид покарання передбачає КК Франції, КК Латвійської Республіки, що є членами ЄС, КК Республіки Білорусь та інші, водночас, конфіскація майна є засобом протидії злочинності та не має на меті збагачення держави [6, с. 41].

М.І. Бажанов зазначав, що конфіскація майна як покарання властиве феодальному праву та праву тоталітарних держав. Цього виду покарання не знає цивілізоване кримінальне право; воно носить чисто фіскальний характер, безпідставно обмежує право приватної власності, суттєво зачіпає майнові права членів сім'ї засудженого, які безвинно страждають у такому випадку [7, с. 129].

Н.О. Гуторова та М.І. Панов ще до прийняття КК України 2001 року зауважили, що конфіскація майна суперечить принципам справедливості та рівності громадян перед законом. Вони пропонують замінити конфіскацію майна штрафом у чітко встановленому розмірі [8, с. 68]. В.М. Мельникова-Крикун вважає несумісним конфіскацію майна з існуванням демократичної ринково орієнтованої держави та пропонує конфісковувати тільки предмети злочину, засоби його вчинення і майно, здобуте злочинним шляхом [9, с. 63].

Слід визнати, що така позиція підтримується міжнародною спільнотою та українськими судами.

Так, 22 травня 2017 року Коломийський міськрайонний суд Івано-Франківської області відмовився конфісковувати речові докази. Суд зазначив,

що ст. 41 Конституції України встановлює непересічний принцип щодо захисту права власності, згідно якого кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ч. 1); ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; право приватної власності є непорушним (ч. 4); конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом (ч. 6). Норми Конституції є нормами прямої дії.

Категорія власності посідає особливе місце в суспільній свідомості та загалом у суспільному житті. Беззаперечним є положення про те, що тільки в країні, де недоторканість власності не лише декларується, а й гарантована громадянину, можуть бути забезпечені вільний розвиток особистості, інтелектуальної, творчої діяльності, добробут і спокій. Держава зобов'язана забезпечити такий правопорядок шляхом створення ефективного нормативно-правового регулювання відносин власності. Саме визначеність у правовідносинах власності, забезпечення розвитку цих відносин та їх захист дозволяє країні розвиватися в галузі економіки та мати інвестиційну привабливість.

Однак, Основним законом України визначено можливість порушення принципу непорушності права власності – конфіскація майна. Розуміючи важливість розвитку правовідносин власності та систематично удосконалюючи нормативно-правові акти щодо гарантування права власності, законодавець, тим не менш, чітко та безапеляційно визначив право держави порушувати дані відносини у певних межах. Більше того, на вимогу Європейського союзу інститут конфіскації майна було доповнено новими видами: спеціальною конфіскацією та конфіскацією майна юридичних осіб.

Конфіскація майна відповідно до ст. 51 КК України є одним із додаткових покарань. Загальна частина КК України доповнена розділом XIV «Інші заходи кримінально-правового характеру». У ньому передбачається, що спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна за умови вчинення злочину у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу. Тобто застосування спеціальної конфіскації має бути передбачено у санкціях статей Особливої частини КК України.

Статтею 29 Угоди «Договір про Європейський союз» від 07 лютого 1992 встановлено, що без порушення повноважень Європейської Спільноти, Союз має на меті забезпечити громадянам високий рівень безпеки у просторі свободи, безпеки та справедливості через спільні дії держав-членів у сферах поліційної та судової співпраці в кримінальних справах, а також через запобігання расизмові й ксенофобії та боротьбу проти них. Також даною статтею визначено, що на шляху до цієї мети належить запобігати будь-якій, зокрема, організованій злочинності, тероризмові, торгівлі людьми та злочинам проти дітей, незаконній торгівлі наркотиками та зброєю, корупції, шахрайству, та боротися проти цих явищ. Згідно ст. 3 Конвенції Ради Європи «Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним

шляхом, та про фінансування тероризму» від 16 травня 2005 року кожна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб вона могла конфісковувати зняття й засоби злочину та доходи або майно, вартість якого відповідає таким доходам, та відміти майно.

Отже, країни-члени Європейського союзу (далі – ЄС) чітко визначили застосування конфіскації майна як засіб ефективної боротьби проти міжнародних злочинів в сфері фінансування тероризму, організованої злочинності та корупції, а також засобом попередження цих феноменів. З метою досягнення цієї мети важливо вилучити матеріальні вигоди від злочину з тим, щоб позбавити цих ресурсів злочинців та відшкодувати потерпілим завдану шкоду.

Відповідно до Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму зазначено, що зокрема кожна Сторона забезпечує свою спроможність здійснювати пошук, відстежувати, визначати, заблокувати, заарештовувати й конфісковувати майно, законного або незаконного походження, використане або призначене для використання будь-яким чином цілком або частково, для фінансування тероризму, або доходи, одержані в результаті цього злочину, та забезпечити із цією метою співробітництво в якомога більшому обсязі. Тобто європейське законодавство визначає конфіскацію майна виключно щодо вузького кола злочинів, де може бути застосоване конфіскація майна, а саме фінансування тероризму, або доходів, одержаних в результаті цього злочину.

При цьому конфіскація як усього майна, так і конкретного його виду (у розумінні конфіскації окремих видів майна) повинна відповідати закону та не порушувати права особи на власність (право на мирне володіння майном). У ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. закріплено право на мирне володіння майном та його можливі обмеження, що включає в себе, зокрема, умови та випадки правомірного позбавлення власності особи з боку держави, такі як конфіскація та експропріація майна. Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), незважаючи на те, що держави мають широкі рамки розсуду при визначенні умов і порядку, за яких приватна особа може бути позбавлена своєї власності, позбавлення останньої, навіть якщо воно має законну мету в інтересах суспільства, буде розглядатися як порушення ст. 1 Протоколу № 1 у випадку, коли не була дотримана розумна пропорційність між втручанням у права фізичної особи та інтересами суспільства. Порушення ст. 1 Протоколу № 1 також буде мати місце й у випадку, коли є істотний дисбаланс між тягарем, що довелося понести приватній особі, і цілями інтересів суспільства, які мають на увазі.

У відповідності до ст.17, 18 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ» від 23.02.1996 року, суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

У відповідності до ст. 1 ЗУ «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції», Україна повністю визнає на своїй території дію статті 25 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року щодо визнання компетенції Європейської комісії з прав людини приймати від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб заяви на ім'я Генерального Секретаря Ради Європи про порушення Україною прав, викладених у Конвенції, та статті 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції.

П. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) (яка підлягає застосуванню відповідно до ст. 9 Конституції України, та ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»), закріплено принцип, за яким кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи безстороннім судом, а пункт 1 статті 6, стаття 13 Конвенції та стаття 1 Першого протоколу зазначає, що «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів...»

Так, згідно рішення ЄСПЛ у справі «Ніна Іванівна Фрізен проти Росії» від 24 березня 2005 р., цей міжнародний судовий орган констатував порушення права на мирне володіння майном, оскільки існування суспільного інтересу, хоч яким би доречним він у цьому випадку був, жодним чином не позбавляє національні органи обов'язку здійснювати конфіскацію виключно з підстав, передбачених законом. Оскільки держава-відповідач так і не надала доказів законності проведеної конфіскації, дії були розцінені як порушення гарантованого ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції права на безперешкодне володіння майном. ЄСПЛ вважає, що конфіскація майна як вид покарання є правомірною лише у тих випадках, коли повністю доведено злочинний характер походження відповідного майна.

Зокрема, у рішенні ЄСПЛ у справі «Ісмаїлов проти Росії» зазначається, що для того, щоб втручання вважалось пропорційним, воно має відповідати тяжкості правопорушення, зокрема недотриманню вимоги щодо внесення відомостей до митної декларації, а не тяжкості будь-якого правопорушення, яке можна припустити (наприклад, відмивання грошей або ухилення від сплати податків), але яке насправді не було доведено. Таким чином, метою конфіскації було не відшкодування майнової шкоди, завданої державі, оскільки вона не зазнала жодних збитків внаслідок невнесення заявником відомостей до митної декларації, а його покарання. Однак у цій справі заявник вже зазнав покарання

за контрабанду у виді позбавлення волі з відстроченням виконання вироку та іспитовим строком. Уряд не переконав ЄСПЛ, що основне покарання було недостатнім для досягнення його мети.

Так, у відповідності до Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Андрій Рудемко проти України», зазначено що: «35. З огляду на принципи, встановлені його практикою (див., наприклад, рішення у справі «Ян та інші проти Німеччини» (Jahn and Others v. Germany) [ВП], №№ 46720/99, 72203/01 і 72552/01, п. 78, ECHR 2005-VI), Суд зазначає, що мало місце втручання у право заявника на майно.

37. Отже, Суд визнає, що втручання у справі заявника становило «позбавлення» майна у значенні другого речення першого пункту ст. 1 Першого протоколу. Тому Суд має визначити, чи було це втручання виправданим відповідно до цього положення.

38. Суд нагадує, що втручання у право на мирне володіння майном є сумісним з вимогами ст. 1 Першого протоколу, коли воно законне і не свавільне (див. рішення у справі «Ятрідіс проти Греції» (Iatridis v. Greece) [ВП], № 31107/96, п. 58, ECHR 1999-II). Зокрема, друге речення першого пункту дозволяє позбавлення майна лише «на умовах, передбачених законом», а другий пункт визнає, що держави мають право здійснювати контроль за користуванням майном шляхом введення в дію «законів» (див. згадане вище рішення у справі «Україна-Тюмень» проти України», п. 49).»

У відповідності до Рішення Європейського суду з прав людини по справі «East\West Alliance Limited» проти України», зазначено: «167. Суд наголошує на тому, що перша та найбільш важлива вимога статті 1 Першого протоколу та Конвенції полягає в тому, що будь-яке втручання державного органу у право на мирне володіння майном повинно бути законним (див. рішення по справі «Іатрідіс проти Греції», заява №31107/96, п. 58, ECHR 1999-II). Вимога щодо законності у розумінні Конвенції вимагає дотримання відповідних положень національного законодавства та відповідності верховенства права, що включає свободу від свавілля.

168. Суд нагадує, що будь-яке втручання державного органу у право на мирне володіння майном повинно забезпечити «справедливий баланс» між загальним інтересом суспільства та вимогами захисту основоположних прав конкретної особи. Необхідність досягнення такого балансу відображена в цілому в структурі статті 1 Першого протоколу. Необхідного балансу не вдасться досягти, якщо на відповідну особу буде покладено індивідуальний та надмірний тягар. Іншими словами, має існувати обґрунтоване пропорційне співвідношення між засобами, які застосовуються, та метою яку прагнуть досягти».

Суд зазначає, що з підписанням Угоди про асоціацію з Європейським Союзом Президентом нашої держави, та ратифікацією її вищим законодавчим органом – Верховною Радою України, - Україна, як держава, яка намагається вступити до європейського співтовариства в якості повноправного члена, повинна поважати в першу чергу право приватної власності всіх і кожного

зокрема, як основоположне право особи, оскільки право приватної власності є основним постулатом і наріжним каменем європейських цінностей, непорушним і основою європейської спільноти, якого повинна дотримуватись кожна держава, яка є членом чи асоційованим членом європейської спільноти.

Таким чином, зважаючи на вищевикладене, та оскільки в судовому засіданні не доведено злочинний характер походження відповідного майна, а саме автомобіля КАМАЗ та екскаватора та мобільних телефонів, а також те, що органом досудового слідства не дотримано розумної пропорційності між втручанням у права фізичної особи та інтересами суспільства, що може призвести до порушення ст. 1 Протоколу № 1 і буде мати місце істотний дисбаланс між тягарем, що довелося понести приватній особі, і цілями інтересами суспільства, а також і той факт, що ст. 240 ч. 2 КК України не містить жодного додаткового покарання у вигляді конфіскації, то дане майно не може підлягати конфіскації. Крім цього, суд зазначає, що обвинувачений несе відповідальність у відповідності до санкції ст. 240 ч. 2 КК України і відповідно призначення основного покарання згідно цієї статті буде достатнім для досягнення його мети [10]. Враховуючи унікальність такого прецеденту, його наведено майже у повному обсязі.

Спеціальна конфіскація є кримінально-правовим інструментом міжнародного співтовариства у боротьбі з наркоторгівлею, корупцією, тероризмом і його фінансуванням. Такого висновку можна дійти на підставі аналізу низки міжнародно-правових актів, зокрема Віденської конвенції про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (1988 рік), Конвенції про правову допомогу і правові відносини по цивільних, сімейних і кримінальних справах (1993 рік), Римського статуту Міжнародного кримінального права (1998 рік), Міжнародної конвенції ООН про боротьбу з фінансуванням тероризму (1999 рік), Конвенції ООН проти корупції (2003 рік) тощо. Крім того, як відомо, рекомендація 9 ФАТФ (міжнародної групи по боротьбі з фінансовими зловживаннями) рекомендувала Україні внести поправки у КК, які забезпечують застосування режиму «конфіскації доходів» до всіх корупційних злочинів і злочинів, пов'язаних із корупцією; забезпечити, щоб режим конфіскації передбачав конфіскацію доходів, отриманих у результаті корупції, або майна, вартість якого відповідає цим доходам, або співрозмірні їй грошові штрафи; проаналізувати проміжні заходи з метою підвищення ефективності та дієвості процедури ідентифікації і арешту доходів, отриманих в результаті корупції, на етапах кримінального розслідування і переслідування. Із прийняттям парламентом України Закону України № 222-УП від 18 квітня 2013 року рекомендація 9 ФАТФ, таким чином, була виконана [11, с. 305-306].

Стаття 96<sup>1</sup> КК України «Спеціальна конфіскація»:

1. Спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення умисного злочину або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння,

передбаченого Особливою частиною цього Кодексу, за які передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а так само передбаченого частиною першою статті 150, статтею 154, частинами другою і третьою статті 159<sup>1</sup>, частиною першою статті 190, статтею 192, частиною першою статей 204, 209<sup>1</sup>, 210, частинами першою і другою статей 212, 212<sup>1</sup>, частиною першою статей 222, 229, 239<sup>1</sup>, 239<sup>2</sup>, частиною другою статті 244, частиною першою статей 248, 249, частинами першою і другою статті 300, частиною першою статей 301, 302, 310, 311, 313, 318, 319, 362, статтею 363, частиною першою статей 363<sup>1</sup>, 364<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup> цього Кодексу.

2. Спеціальна конфіскація застосовується на підставі:

- 1) обвинувального вироку суду;
- 2) ухвали суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 3) ухвали суду про застосування примусових заходів медичного характеру;
- 4) ухвали суду про застосування примусових заходів виховного характеру.

3. У випадках, коли об'єктом спеціальної конфіскації є майно, вилучене з цивільного обороту, вона може бути застосована на підставі:

- 1) ухвали суду про закриття кримінального провадження з інших підстав, аніж звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 2) ухвали суду, постановленої в порядку частини дев'ятої статті 100 Кримінального процесуального кодексу України, за клопотанням слідчого чи прокурора, якщо кримінальне провадження закривається ними.

Стаття 96<sup>2</sup>. Випадки застосування спеціальної конфіскації

1. Спеціальна конфіскація застосовується у разі, якщо гроші, цінності та інше майно:

- 1) одержані внаслідок вчинення злочину та/або є доходами від такого майна;
- 2) призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення злочину, фінансування та/або матеріального забезпечення злочину або винагороди за його вчинення;
- 3) були предметом злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), а у разі, коли його не встановлено, – переходять у власність держави;
- 4) були підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення злочину, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання.

2. У разі якщо гроші, цінності та інше майно, зазначені у пункті 1 частини першої цієї статті, були повністю або частково перетворені в інше майно, спеціальній конфіскації підлягає повністю або частково перетворене майно. Якщо конфіскація грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у пункті 1 частини першої цієї статті, на момент прийняття судом рішення про спеціальну конфіскацію неможлива внаслідок їх використання або неможливості виділення

з набутого законним шляхом майна, або відчуження, або з інших причин, суд виносить рішення про конфіскацію грошової суми, що відповідає вартості такого майна.

3. Спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання з підстав, передбачених цим Кодексом, крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

4. Гроші, цінності, в тому числі кошти, що знаходяться на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах, інше майно, зазначені в цій статті, підлягають спеціальній конфіскації у третьої особи, якщо вона набула таке майно від підозрюваного, обвинуваченого, особи, яка переслідується за вчинення суспільно небезпечного діяння у віці, з якого не настає кримінальна відповідальність, або в стані неосудності, чи іншої особи безоплатно, за ринкову ціну або за ціну вищу чи нижчу ринкової вартості, і знала або повинна була і могла знати, що таке майно відповідає будь-якій із ознак, зазначених у пунктах 1-4 частини першої цієї статті.

Вищезазначені відомості щодо третьої особи повинні бути встановлені в судовому порядку на підставі достатності доказів.

Спеціальна конфіскація не може бути застосована до майна, яке перебуває у власності добросовісного набувача.

5. Спеціальна конфіскація не застосовується до грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у цій статті, які згідно із законом підлягають поверненню власнику (законному володільцю) або призначені для відшкодування шкоди, завданої злочином.

Отже у діючому кримінальному законодавстві України передбачена конфіскація майна-покарання та спеціальна конфіскація-інший захід кримінально-правового характеру. Під застосуванням спеціальної конфіскації слід розуміти діяльність суду щодо прийняття та закріплення у відповідному процесуальному документі остаточного рішення про визначення цього засобу впливу на особу, яка вчинила кримінальне правопорушення. Згідно з чинним кримінальним законодавством застосування спеціальної конфіскації передбачає діяльність суду зі встановлення передумови, підстави та умови її визначення. Такою передумовою є вчинення суспільно небезпечного діяння, що містить склад кримінального правопорушення. Підставою є фактичне закріплення спеціальної конфіскації у санкції статті Особливої частини КК України як заходу кримінально-правового характеру разом із встановленим покаранням. Умовою її визначення є вчинення особою злочину, ознаки котрого описані в диспозиції саме тієї статті Особливої частини КК України, санкцією якої передбачений цей захід кримінально-правового характеру. Застосування спеціальної конфіскації не пов'язано з індивідуалізацією цього засобу впливу. Рішення про застосування спеціальної конфіскації знаходить свій вияв або в обвинувальному вироді, або в ухвалі суду. Спеціальну конфіскацію – інший

захід необхідно відрізнити від кримінальної процесуальної конфіскація – інструменту розпорядження речовими доказами [11, с. 305-315]

Загальна конфіскація майна як вид кримінального покарання має бути скасована через її невідповідність Конституції України. Конфіскація майна, здобутого злочинним шляхом, доходів від такого майна, предметів злочину та знарядь і засобів його вчинення (спеціальна конфіскація) є ефективним заходом протидії злочинам, особливо корисливим тяжким та особливо тяжким. За правовою природою спеціальна конфіскація майна належить до заходів, які мають регулюватися нормами матеріального права, а норми процесуального права повинні встановлювати лише порядок їх здійснення. Враховуючи досвід зарубіжних країн і дослідження вітчизняних науковців, найбільш доцільним віднесення спеціальної конфіскації майна до інших заходів кримінально-правового характеру (заходів безпеки), що мають бути докладно врегульовані нормами Загальної частини КК України. Беручи до уваги, що при здійсненні спеціальної конфіскації можуть поставати питання про вилучення майна у фізичних або юридичних осіб, які не є учасниками кримінально-правових відносин, відповідні положення слід передбачити нормами цивільного та господарського права [12, с. 64].

Отже, за рішенням суду в установленому законом порядку кошти та інше майно, одержані внаслідок вчинення корупційного правопорушення, підлягають конфіскації або спеціальній конфіскації лише у випадку вчинення корупційного злочину. Кримінальна процесуальна конфіскація – інструмент розпорядження речовими доказами (ст. 100 КПК України) не має відношення до кримінально-правової конфіскації як виду покарання чи спеціальної конфіскації як іншого заходу кримінально-правового характеру.

Конфіскація як вид додаткового покарання за вчинений корупційний злочин можлива лише у випадку її прямого передбачення у санкції відповідної статті КК України (ч. 5 ст. 191, ч. 3 ст. 262, ч. 2 та 3 ст. 308, ч. 3 ст. 312, ч. 3 ст. 313, ч. 3 ст. 365<sup>2</sup>, ч. 3 і 4 ст. 368, всі 3 частини ст. 368<sup>2</sup>, ч. 3 ст. 368<sup>3</sup>, ч. 4 ст. 368<sup>4</sup>, ч. 2-4 ст. 369 та ч. 3 ст. 369<sup>2</sup>).

Спеціальна конфіскація як інший захід кримінально-правового характеру можлива лише у випадку вчинення таких корупційних злочинів як ст. 313 «Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням», 364<sup>1</sup> «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», 365<sup>2</sup> «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» КК України (**тобто лише за три злочини**).

Обидва ці заходи можливі лише і випадку встановлення судом злочинного походження відповідних предметів.

Думається, проблемний характер самої конфіскації як виду покарання за корупційні злочини та спеціальної конфіскації як іншого заходу кримінально-

правого характеру свідчить про суто декларативний характер ст. 69 закону України «Про запобігання корупції».