

УДК 35.072

З.А. Загиней,

доктор юридичних наук, доцент,
начальник відділу Науково-дослідного інституту
Національної академії прокуратури України, м. Київ

ЗАЙНЯТТЯ ІНШОЮ ОПЛАЧУВАНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЯК СКЛADOVA АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ЗАБОРОНИ

Розглянуто проблемні аспекти тлумачення такої складової антикорупційної заборони несумісництва діяльності, пов'язаної з виконанням особою функцій держави або місцевого самоврядування, як зайняття іншою оплачуваною діяльністю. З урахуванням результатів тлумачення та на підставі аналізу судових рішень запропоновано ознаки поняття “інша оплачувана діяльність” в антикорупційному законодавстві України.

Ключові слова: антикорупційне несумісництво; інша оплачувана діяльність; особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; корупція; правопорушення, пов'язане з корупцією.

Рассмотрены проблемные аспекты толкования такой составляющей антикоррупционного запрета несовместимости деятельности, связанной с выполнением лицом функций государства или местного самоуправления, как занятие иной оплачиваемой деятельностью. С учетом результатов толкования и на основании анализа судебных решений предложены признаки понятия “иная оплачиваемая деятельность” в антикоррупционном законодательстве Украины.

Ключевые слова: антикоррупционное несовместимости; иная оплачиваемая деятельность; лицо, уполномоченное на выполнение функций государства или местного самоуправления; коррупция; правонарушение, связанное с коррупцией.

The problematic aspects of the interpretation of such a component of the anti-corruption prohibition of incompatibility of activities related to the performance by a person of the functions of the state or local self-government as the occupation of another paid activity are considered. Taking into account the results of the interpretation and the analysis of judicial decisions, the signs of the concept “other paid activity” in the anti-corruption legislation of Ukraine are suggested.

Keywords: anti-corruption incompatibility; other paid activity; a person authorized to perform the functions of the state or local government; corruption; offense related to corruption.

Однією з антикорупційних заборон для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є заборона суміщати свою основну діяльність з іншою оплачуваною діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної та суддівської практики, інструкторської практики зі спорту) або підприємницькою діяльністю (ст. 25 Закону України “Про запобігання корупції”) [1]. За порушення відповідної заборони передбачена адміністративна відповідальність у ч. 1 ст. 172-4 Кодексу України про адміністративне правопорушення (КУпАП). Вчинення відповідного протиправного діяння тягне застосування штрафу від 300 до 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян

з конфіскацією отриманого доходу від підприємницької діяльності чи винагороди від роботи за сумісництвом [2].

Однією зі складових вказаної вище антикорупційної заборони є заборона займатися іншою оплачуваною діяльністю за винятком визначених дозволених видів. Однак у зв'язку з відсутністю законодавчого визначення відповідного поняття під час складання протоколів про адміністративне правопорушення, пов'язане з корупцією, передбачене у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП, а також у провадженні цього правопорушення виникають труднощі зі встановленням того, що саме слід розуміти під іншою оплачуваною діяльністю. Відтак відповідні питання потребують наукового дослідження. Зауважимо, що в юридичній науці вони розглядалися у працях О.З. Гладуна, Р.Л. Максимовича, В.Г. Сенік, Д.П. Скачка, М.І. Хавронюка. Однак не всі аспекти тлумачення поняття “інша оплачувана діяльність” було висвітлено у їх працях.

Здійснюючи тлумачення цього поняття, слід брати до уваги загальну концепцію Закону України “Про запобігання корупції”. Законодавець, встановлюючи різноманітні обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (розділи IV, V цього Закону), намагався охопити ними не одержання цими особами певної винагороди, оплати, а факт порушення самих обмежень (у тому числі обмеження щодо зайняття іншою оплачуваною діяльністю).

Окремі науковці пропонують дефініції поняття “інша оплачувана діяльність”. Так, на думку Р.Л. Максимовича, під нею слід розуміти “будь-яку роботу, яка здійснюється з метою прибутку... Факт одержання прибутку внаслідок оплачуваної діяльності (в тому числі підприємницької) може бути підставою для притягнення до відповідальності такої особи” [3, с. 106]. На думку Д.П. Скачка, “інша оплачувана діяльність” – це “незалежна професійна діяльність особи”, метою якої є отримання постійного або тимчасового джерела існування [4, с. 383]. Однак відповідні дефініції не враховують всіх ситуацій, які можуть виникати під час порушення особою встановлених законом обмежень щодо зайняття іншою оплачуваною діяльністю.

Переходячи до з'ясування змісту термінологічного звороту “інша оплачувана діяльність”, розкладемо його на окремі слова, з яких він утворений. Це, відповідно, слова “інша”, “оплачувана” та “діяльність”, значення кожного з яких потребує додаткового роз'яснення. Перше слово – це займенник “інша”. Він “вказує на предмет чи особу, виражаючи відокремлення, відмежування його від подібних йому або раніше названих” [5, с. 198]. Проаналізувавши назву та диспозицію ст. 172-4 КУпАП, зробимо висновок, що займенник “інший” вказує на відмежування іншої оплачуваної діяльності від підприємницької діяльності, якою заборонено займатися особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а також від тих видів діяльності, якими відповідним особам дозволено займатися (викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики зі спорту).

До набрання чинності чинної редакції ст. 172-4 КУпАП відповідна частина диспозиції була сформульована по-іншому: “Порушення особою встановлених законом обмежень щодо зайняття підприємницькою або іншою оплачуваною діяльністю”. Це давало обґрунтовані підстави зробити висновок, що відповідно до правил тлумачення відкритих переліків інша оплачувана діяльність повинна була містити ознаки підприємницької [6, с. 62]. Насамперед ідеться про таку ознаку як систематичність, котра включається законодавцем у зміст останнього поняття. Як відомо, систематичність – це вчинення діяння три або більше разів.

На сьогодні формулювання диспозиції ч. 1 ст. 172-4 КУпАП змінено, а відтак адміністративна відповідальність настає у випадку, коли *особа один раз порушила встановлені законом обмеження щодо зайняття оплачуваною діяльністю*.

Друге слово термінологічного звороту, який досліджується в цій статті, – це “діяльність”. В українській мові воно означає “застосування своєї праці до чого-небудь” [7, с. 306]. Таким чином, порушення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, обмежень щодо зайняття іншою оплачуваною діяльністю може полягати *лише в її активних діях*.

Водночас у податковому праві існує таке поняття, як “пасивні доходи особи”. Під ними науковці розуміють доходи, які не потребують особистої участі одержувача й щоденної діяльності, включаючи доходи у вигляді процентів, дивідендів, роялті тощо, який періодично (неодноразово) виплачується одержувачу цього доходу [8; 9]. Поняття “пасивні доходи” закріплено у пп. 14.1.268 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України. До них, зокрема, віднесено доходи, отримані у вигляді процентів на поточний або депозитний (вкладний) банківський рахунок, на вклад (депозит) у кредитних спілках, інших процентів (у тому числі дисконтних доходів) [10].

Ураховуючи те, що пасивні доходи, як вказується в науковій літературі, отримуються особою не в результаті її щоденної діяльності, тобто без її активної участі та без застосування своєї праці для отримання таких доходів, *отримання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, пасивних доходів не охоплюється заборонаю здійснювати іншу оплачувану діяльність*.

У судовій практиці постає питання: чи можна відносити до іншої оплачуваної діяльності здавання в оренду майна, яке належить особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за що вона отримує дохід. Наприклад, згідно з постановою Хорольського районного суду Полтавської області від 17 січня 2014 р., Особа-1, начальник відділу планування та аналізу доходів бюджету фінансового управління Хорольської районної державної адміністрації, був визнаний винуватим у скоєнні правопорушення, передбаченого в ч. 1 ст. 172-4 КУпАП. Воно полягало у тому, що Особа-1 на підставі укладеного договору здавав в оренду майно (комплекс виробничих будівель), яке належало йому на праві приватної власності, за що отримував у місяць 200 грн. (усього було отримано 1200 грн) [11]. Апеляційний суд Полтавської області задовольнив апеляцію Особи-1 та скасував вказану вище постанову Хорольського районного суду Полтавської області від 17 січня 2014 р. У цьому судовому рішенні з посиланням на ст. 41 Конституції України та ст. 319 Цивільного кодексу України (ЦК України) було мотивовано, що Особа-1 як власник майна володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд [12]. На нашу думку, Апеляційний суд Полтавської області дійшов обґрунтованого висновку, що здача в оренду особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, власного майна є реалізацією своїх прав щодо власного нерухомого майна, а не іншою оплачуваною діяльністю.

І, насамкінець, останнє слово, що входить до термінологічного звороту “інша оплачувана діяльність”, – це “оплачуваний”. Цей пасивний дієприкметник теперішнього і минулого часів походить від дієслова “оплатити”, який в українській мові означає “платити, вносити плату за що-небудь” [7, с. 847]. Відповідно до лінгвістичних правил тлумачення оплачувана діяльність означає нарахування в минулому певної оплати (або можливість її нарахування) за виконані роботи або надані послуги, а також надання таких послуг чи виконання таких робіт, які можуть бути оплачені в майбутньому. Таким чином, на нашу думку, інша оплачувана

діяльність має місце й у тому випадку, коли гроші за виконану роботу або надані послуги не були отримані особою як із об'єктивних, так і з суб'єктивних причин. Порушення заборони щодо здійснення іншої оплачуваної діяльності вбачається, зокрема, у випадку, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, займалася іншою оплачуваною діяльністю, однак відмовилася від винагороди або відповідна оплата не була їй виплачена. Також порушення відповідних обмежень вбачається і у випадку, коли особа, усвідомлюючи, що надає оплачувані послуги чи виконує оплачувані роботи, із певних причин не отримує за них належної винагороди або оплати.

Наприклад, за постановою Дебальцевського міського суду Донецької області від 18 березня 2014 р. щодо Особи-1 було закрито справу про адміністративне правопорушення за відсутності в його діях складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-4 КУпАП. У цій справі було доведено, що Особа-1 працював пожежником служби цивільного захисту. Його батько здійснював перевезення пасажирів на своєму автомобілі й мав відповідну ліцензію на цей вид діяльності. Батько Особи-1 отримав замовлення від диспетчера інформаційної диспетчерської служби, однак виконати його не міг через погане самопочуття. Тому й попросив Особу-1 перевезти пасажирів відповідно до замовлення. У машину до Особи-1 сів пасажир, якому диспетчер назвав вартість замовлення 300 грн, яку він і озвучив для Особи-1. Однак машину зупинили працівники Державної автомобільної інспекції. Закриваючи справу, суд мотивував своє рішення тим, що Особа-1 займалася забороненим видом діяльності лише один раз [13]. Звісно, приймаючи таке рішення, суддя, очевидно, мав для того підстави, оскільки, як було зазначено вище, інше порушення обмежень щодо зайняття іншою оплачуваною діяльністю на той час мало місце лише у випадку її систематичного здійснення. Однак поглянемо на цю ситуацію з точки зору чинної норми та з урахуванням зазначених вище положень щодо розуміння оплачуваності. Особа-1 усвідомлював, що здійснює вид діяльності, який заборонений у законодавстві України для особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Окрім того, він усвідомлював і те, що за надану послугу він отримає відповідну винагороду. Ураховуючи викладене вище, вважаємо, що у діянні Особи-1 вбачаються ознаки адміністративного правопорушення, пов'язаного з корупцією, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП.

Важливе застереження відносно характеристики заборони особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої ст. 25 Закону України “Про запобігання корупції”, а отже, правового припису, що міститься у ст. 172-4 КУпАП, зробив О.З. Гладун. На його думку, “оскільки інша оплачувана діяльність може проявлятися лише у виді сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, то виконання функцій держави або місцевого самоврядування має бути для відповідних суб'єктів основною роботою. Лише тоді інша оплачувана діяльність буде для них додатковою (паралельною, доповнюваною) до основної” [14, с. 54]. Таким чином, зробимо висновок, що *інша оплачувана діяльність відносно виконання особою функцій держави або місцевого самоврядування повинна бути додатковою роботою для такої особи*. В окремих судових рішеннях мають місце помилки під час встановлення цієї ознаки оплачуваної діяльності.

Так, за постановою Теплицького районного суду Вінницької області від 22 травня 2017 р. Особа-1, голова Теплицької районної ради Вінницької області, був притягнутий до адміністративної відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП. Як вказано у цій

постанові, Особа-1, голова Теплицької РДА Вінницької області, відповідно до рішення сесії Теплицької районної ради був обраний головою Теплицької районної ради. Цього ж дня Особа-1 подав на ім'я Президента України заяву, у якій просив звільнити його з посади голови Теплицької РДА у зв'язку з обранням його головою Теплицької районної ради. Розпорядженням Президента України Особу-1 було звільнено з посади голови Теплицької РДА. У період між поданням заяви на ім'я Президента України та виданням ним розпорядження про звільнення Особа-1 не припинив виконувати повноважень голови Теплицької РДА, виходив на роботу, що підтверджується табелями обліку робочого часу, приймав розпорядження, а також отримував заробітну плату, а також матеріальну допомогу [15]. З кваліфікацією погодився й Апеляційний суд Вінницької області [16].

На нашу думку, відповідні судові рішення є сумнівними. Адже і посада голови Теплицької РДА, і посада голови Теплицької районної ради є “основними роботами” Особи-1. Однак відносно припинення однієї з них з об'єктивних причини виникла колізійна ситуація, обумовлена особливістю звільнення з посади голови РДА. Звісно, у діях Особи-1 вбачаються ознаки юридичного правопорушення. Однак складу правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП, у його діях немає.

За постановою Луцького міськрайонного суду від 28 травня 2012 р. Особа-1, завідуючий сектором правової роботи ГУ МНС у Волинській області, був визнаний винуватим у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП. Як було вказано у цьому рішенні, Особа-1 здійснював адвокатську діяльність та отримував за це дохід. Апеляційний суд Волинської області скасував це рішення суду та визнав, що у діях Особи-1 відсутній склад правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП. Своє рішення Апеляційний суд Волинської області мотивував тим, що адвокатська діяльність не є господарською, а адвокат не є суб'єктом господарювання. Окрім того, у ньому було встановлено, що адвокатська діяльність Особи-1 є її основною діяльністю. Це підтверджується випискою з єдиного реєстру адвокатів України, відповідно до якої Особа-1 упродовж тривалого часу займався адвокатською діяльністю, а розмір отриманої від адвокатської діяльності винагороди є значно вищою від винагороди, яку Особа-1 отримував за роботу в ГУ МНС у Волинській області [17]. На нашу думку, у цьому випадку Апеляційний суд Волинської області припустився помилки, оскільки тривале здійснення адвокатської діяльності та більша сума гонорару від неї порівняно з оплатою праці за основну роботу, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, не свідчать про те, що адвокатська діяльність для Особи-1 була основною. Адже, очевидно, що його було призначено на відповідну посаду на постійній основі. Тому вбачається, що Особа-1 порушив процедуру припинення здійснення іншої оплачуваної (адвокатської) діяльності, а в його діях має місце склад адміністративного правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП.

Характеризуючи іншу оплачувану діяльність, слід мати на увазі, що основна робота особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повинна виконуватися нею повний робочий день і за неї вона повинна отримувати повний оклад (ставку). Адже, згідно з п. 11 Переліку робіт, які не є сумісництвом, усі працівники, крім основної роботи та роботи за сумісництвом, мають право виконувати таку роботу, яка відповідно до чинного законодавства не є сумісництвом: інша робота, яка виконується в тому разі, коли на основній роботі працівник працює неповний робочий день і відповідно до цього отримує неповний оклад (ставку), якщо оплата його праці на основній та

іншій роботі не перевищує повного окладу (ставки) за основним місцем роботи [18].

Наприклад, за постановою Перечинського районного суду Закарпатської області від 26 червня 2015 р. Особа-1, майстер лісу державного підприємства “Закарпатське обласне управління лісгосподарських агропромислових господарств”, був визнаний винуватим у скоєнні правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП. Як указано в цій постанові, він був прийнятий на роботу обрубувачем сучків (за сумісництвом), за що отримав заробітну плату в розмірі 2220,16 грн. [19]. Проте, як було встановлено Апеляційним судом Закарпатської області, Особа-1 за основною посадою майстра лісу працював лише 4 години на добу. Окрім того, як убачається з довідки, Особи-1 за посадою майстра лісу було відповідно нараховано/виплачено заробітну плату, що не перевищувала розміру прожиткового мінімуму, встановленого на одну працездатну особу. Окрім того, за роботу за сумісництвом Особи-1 також було нараховано/виплачено заробітну плату, яка також не перевищувала цього прожиткового мінімуму [20]. Таким чином, у наведеному вище випадку у діях Особи-1 відсутній склад адміністративного правопорушення, передбаченого у ч. 1 ст. 172-4 КУпАП.

Ураховуючи викладене вище, вважаємо, що *інша оплачувана діяльність* як складова антикорупційної заборони характеризується низкою істотних ознак: 1) вона не є підприємницькою діяльністю й водночас не належить до викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної та суддівської практики, інструкторської практики зі спорту; 2) передбачає активну поведінку особи, яка здійснює таку діяльність та водночас виключається у випадку отримання особою пасивних доходів; 3) має місце у випадку зайняття іншою оплачуваною діяльністю хоча б один раз; 4) за виконану роботу або надані послуги особа отримала відповідну винагороду, оплату чи вчинила відповідні дії і метою її одержання; 5) особа має виконувати функції держави або місцевого самоврядування як основну роботу; 6) інша оплачувана діяльність, з якою особа суміщає виконання обов'язків держави або місцевого самоврядування, повинна мати характер додаткової відносно виконання відповідних обов'язків; 7) основна робота виконується особою повний робочий день і за неї вона отримує повний оклад (ставку), за умови, що оплата його праці на основній та іншій роботі не перевищує повного окладу (ставки) за основним місцем роботи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/page> (дата звернення 18.09.2017).
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 року № 8073-X URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення 18.09.2017).
3. Максимович Р.Л. Коментар Закону України “Про засади запобігання і протидії корупції”. Львів: Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2012. 280 с.
4. Скачко Д.П. Інша оплачувана діяльність в контексті Закону України “Про засади запобігання і протидії корупції”. Митна справа. 2013. № 6 (90). Ч. 2. Кн. 2. С. 380–383.
5. Мацюк З., Станкевич Н. Українська мова професійного спілкування: навч. посібн. Київ: Карпвела, 2005. 352 с.
6. Копиленко О.Л., Загинець З.А., Ярмиш О.Н. та ін. Адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. Ю.М. Дьоміна. Київ: НАПУ, 2014. 304 с.
7. Великий глумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТ “Перун”, 2005. 1728 с.
8. Шапошнікова Н. Визначення категорії пасивного доходу у податковому праві. Наук. записки Інст-ту зак-ва Верховної Ради України. 2010. № 2. URL: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nzizvru/2010_2/p2_8.html (дата звернення 18.09.2017).

9. Швагер О.А. До питання механізму включення податку на пасивні доходи до складу податкових надходжень державного бюджету. Правовий вісник Української академії банківської справи. 2012. № 2 (7). С. 50–52. URL: <http://dspace.uabs.edu.ua/jspui/handle/123456789/11147> (дата звернення 01.07.2017).

10. Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення 03.08.2017).

11. Постанова Хорольського районного суду Полтавської обл від 17 січ. 2014 р. Справа № 548/40/14-п URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36689352> (дата звернення 02.09.2017).

12. Постанова Апеляційного суду Полтавської обл. Справа № 548/40/14-п. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39362142#> (дата звернення 05.05.2017).

13. Постанова Дебальцевського міського суду Донецької обл. від 18 берез. 2014 р. Справа № 224/4696/13-п URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37752353> (дата звернення 08.09.2017).

14. Гладун О.З. Заборона займатися оплачуваною діяльністю. Вісник Національної академії прокуратури України. 2016. № 4. С. 51–57.

15. Постанова Теплицького районного суду Вінницької обл. від 22 трав. 2017 р. Справа № 144/126/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66603017> Справа № 144/126/17 (дата звернення 24.07.2017).

16. Постанова Апеляційного суду Вінницької обл. від 22 черв. 2017 р. Справа № 144/126/17 URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67352952#> (дата звернення 30.08.2017).

17. Постанова Апеляційного суду Волинської обл. від 13 лип. 2012 р. Справа № 0308/6626/2012 URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25210183#> (дата звернення 15.07.2017).

18. Перелік робіт, які не є сумісництвом. Додаток до Положення про умови роботи за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій, затв. наказом Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства фінансів України від 28 черв. 1993 р. № 43 URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0076-93> (дата звернення 01.04.2017).

19. Постанова Перечинського районного суду Закарпатської обл. від 26 черв. 2015 р. Справа № 304/797/15-п. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45844069> (дата звернення 15.07.2017).

20. Постанова Апеляційного суду Закарпатської обл. від 12 серп. 2015 р. Справа № 304/797/15-п URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45844069> (дата звернення: 28.06.2017).

Отримано 20.10.2017