

УДК 342.56

О. О. Дудоров,

доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України
завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем попередження,
припинення та розслідування злочинів територіальними органами
Національної поліції України Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка (м. Сєвєродонецьк)

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОВЖИВАННЯ ВПЛИВОМ У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

У законодавчому інструментарії, покликаному забезпечувати протидію корупції, ст. 369² Кримінального кодексу України (далі — КК) «Зловживання впливом» посідає особливе місце. З одного боку, ця заборона активно затребувана на практиці (причому кількість осіб, засуджених за зловживання впливом, зростає); з іншого, включення її до КК посилює казуїстичність останнього, частково створило надмірність законодавчого описання злочинної поведінки, пов'язаної з корупцією, і через недотримання в цьому разі засади правової визначеності серйозно ускладнило застосування КК.

Ключові слова: Кримінальний кодекс України, корупція, антикорупційні конвенції.

**Кримінально-правова заборона,
присвячена зловживанню впливом,
як результат виконання
міжнародно-правових рекомендацій**

Стаття 369² КК сформульована максимально абстрактно; вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недовозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб і правомірних форм лобіювання, чітко не відображає, хоч і не відкидає її. Було б, однак, несправедливо всю вину за неякісний кримінальний закон у цьому разі покласти саме і тільки на парламентаріїв, які, мовляв, неналежним чином (механічно і без належної адаптації до правової системи України) врахували положення антикорупційних конвенцій. Адже звернення до текстів відповідних міжнародно-правових документів (а ст. 369² КК є результатом імплементації ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією) дозволяє стверджувати, що у самих цих докумен-

тах ознаки зловживання впливом сформульовані неоднозначно.

У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції вказується на можливість вжиття кожною Державою-учасницею законодавчих та інших заходів, необхідних для визнання злочинами низки дій, якщо вони вчинені умисно. Це: а) обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі чи будь-якій іншій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги, щоб ця посадова особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації чи державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи; б) вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги.

Стаття 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією містить подібні формулювання, однак дещо інакше (ширше) визначає коло адресатів неправомірного впливу і водночас не уточнює, що «будь-яка особа», котра вимагає, одержує або приймає пропозицію чи обіцянку надання неправомірної переваги за відповідний вплив, може бути «державною посадовою особою».

Призначення аналізованої кримінально-правової заборони досить чітко відображено в пунктах 64—66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де зазначається таке: криміналізація зловживання впливом, покликана забезпечити прозорість і неупередженість у процесі прийняття рішень державними службами, має на меті дістатися до ближнього кола посадової особи або політичної партії і боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатися зі свого професійного становища або соціального статусу, що сприяє формуванню корумпованої атмосфери і послаблює віру громадян у справедливість державного управління. Особа, яка зловживає впливом, перебуває в становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб.

Очевидно, що таке визначення місії досліджуваної заборони (це — засіб боротьби з «фоновою» корупцією) не певною мірою узгоджується зі ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, яка допускає, що суб'єктом «пасивного» зловживання впливом може бути і державна посадова особа, тобто суб'єкт «пасивного» хабарництва.

На відміну від ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, в якій йдеться про очікуваний вплив на прийняття рішення (тобто не вимагається, щоб бажане для певної особи рішення уповноваженого суб'єкта було неправомірним), у ст. 18 Конвенції ООН проти корупції в контексті можливої криміналізації зловживання впливом фігурує мета одержання від адміністрації чи дер-

жавного органу Держави-учасниці неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи. При цьому для наявності складу злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 369² КК, не вимагається, щоб бажане для певної особи рішення того, хто уповноважений на виконання функцій держави, було неправомірним. Виходить, що в цій частині зміст вітчизняної кримінально-правової заборони узгоджується з однією конвенцією і водночас дозволяє говорити про виконання міжнародно-правової рекомендації «з запасом» стосовно іншої.

Цікаво, що обидві згадані норми в офіційних перекладах антикорупційних конвенцій мають назву «Зловживання впливом» при тому, що в їхніх англійських текстах вживається зворот «trading in influence», який у перекладі на українську мову буквально означає «торгівлю впливом». З конвенцій вбачається, що при зловживанні впливом особа, яка має реальний або навіть удаваний вплив на іншу особу, міняє цей вплив на неправомірну перевагу, що надається (обіцяється) тим, хто бажає скористатися цим впливом (фактично «посередник» торгує цим впливом). Стаття 369² КК виправданно сповідує такий саме підхід. Водночас та обставина, що сам вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, значення для кваліфікації за ст. 369² КК не має (він знаходиться поза межами складів злочину, описаних у різних частинах цієї статті), не повною мірою узгоджується з її назвою, хоч і відповідає міжнародно-правовим рекомендаціям. Насправді у ст. 369² КК йдеться про поведінку, предметом якої виступає неправомірна вигода та яка пов'язана зі впливом на особу, уповноважену на виконання функцій держави.

Караний за ч. 2 ст. 369² КК вплив, який особа пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити і за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається неправомірна вигода, може бути зумовлений, серед іншого, довірчими, родинними, близькими і дружніми стосунками цієї особи з тим, хто уповноважений на виконання функцій держави. Принаймні чинна редакція ст. 369² КК

таке її тлумачення не виключає. Як писав дореволюційний дослідник Є. В. Васьковський, при тлумаченні кримінального закону доцільно виходити з презумпції: законодавець сказав те, що хотів сказати, якщо не виявлена очевидна помилка його волевиявлення; якби нормі передбачалось надати інший смисл, вона була б сформульована ясніше.

Щоправда, про вказані стосунки між людьми, позбавлені, так би мовити, професійного чи соціального навантаження (інакше кажучи, не пов'язані з використанням професійного становища або соціального статусу), у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією у контексті криміналізації зловживання впливом нічого не сказано. Таким чином, і з питання про характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, можна констатувати невідповідність тексту досліджуваної кримінально-правової заборони якщо не «букві», то «духу» принаймні одного міжнародно-правового документа, на виконання положень якого ст. 369² з'явилась у КК.

Принагідно зазначу і те, що охоплення поняттям впливу з погляду кваліфікації за цією статтею КК використання дружніх, родинних і подібних стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, суперечить законодавчу визначенню поняття корупції як використання відповідним суб'єктом службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції»). І ця обставина (поряд із тим, що легальна дефініція поняття корупційного правопорушення «прив'язана» до осіб, перелік осіб наводиться в ч. 1 ст. 3 згаданого Закону, в той час, як із питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом наразі спостерігається невизначеність) ставить під сумнів правильність беззастережного віднесення зловживання впливом до числа корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК).

Недостатньо якісний рівень імплементації положень ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією сво-

ім закономірним результатом має не лише суперечливість доктринального тлумачення чи не всіх основних ознак кримінально караного зловживання впливом, а й відсутність однаковості відповідної судової практики. Свого часу я, вирішивши, що ст. 369² КК не піддається розумній реконструкції, є таким собі «п'ятим колесом до воза» і виходячи з того, що конвенційні положення про зловживання впливом носять рекомендаційний характер, навіть запропонував виключити цю заборону з КК. Зрозуміло, що такий радикальний і, допускаю, значною мірою емоційний крок задля уникнення законодавчих прогалин потребуватиме певних уточнень інших кримінально-правових заборон антикорупційного спрямування. Проте на сьогодні ст. 369² в КК присутня, а тому далі зосередимось на найбільш дискусійних аспектах її застосування.

Проблемна примітка

Всупереч буквальному розумінню звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави», використаного в тексті ст. 369² КК, до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, раніше могли бути віднесені також: 1) особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування; 2) особи, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (це, зокрема, посадові особи юридичних осіб публічного права та особи, які надають публічні послуги, — аудитори, нотаріуси, оцінювачі, експерти, арбітражні керуючі тощо); 3) особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права.

Наведене тлумачення звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави» виходило з того, що вказані три категорії осіб перераховувались у пунктах 1—3 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції»,

який продовжує фігурувати в примітці ст. 369² КК. Однак вказаний Закон не є чинним, адже наразі (починаючи з 26 квітня 2015 р.) діє Закон від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції». Допущена помилка, на жаль, уже не дивує з урахуванням тієї «якості» законотворчості, яку останніми роками демонструє парламент. Зауважу і те, що віднесення (згідно з чинним раніше законодавством) до числа осіб, у зв'язку з впливом на яких вчиняються заборонені ст. 369² КК дії, службових осіб юридичних осіб приватного права суперечило ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, змушуючи вчергове говорити про виконання Україною міжнародно-правових рекомендацій щодо криміналізації зловживання впливом «із запасом». Не викликає сумнівів, що вдосконалену примітку ст. 369² треба сформулювати таким чином, щоб вона не поширювала свою дію, зокрема, на службових осіб юридичних осіб приватного права.

В юридичній літературі (З. А. Загіней) висловлено думку про те, що відсилка у бланкетній примітці ст. 369² КК до нечинного нормативно-правового акта (Закон «Про засади запобігання і протидії корупції») перешкоджає встановленню нормативного змісту такої ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею КК, як суб'єкт, а визначення кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з урахуванням Закону «Про запобігання корупції» порушувало б принцип законності; як наслідок, примітка ст. 369² КК не має юридичної дії. Уточню, що особу, уповноважену на виконання функцій держави, якій присвячено розглядувану примітку, немає підстав визнавати суб'єктом зловживання впливом (ця особа є перспективним «адресатом» злочинних дій, перерахованих у ст. 369² КК), проте це не знімає гостроту проблеми. У доктрині і судовій практиці її пропонується вирішувати по-різному.

Один із підходів полягає в тому, що допоки вказана законодавча вада не буде усунута, неможливо визначити зміст од-

ного з понять, використаних у ст. 369² КК, а тому кваліфікація певних суспільно небезпечних діянь за цією статтею КК порушуватиме ч. 4 ст. 3 КК (заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією), у зв'язку з чим є неприйнятною. Обвинувальні ж вирокі судів, які продовжують ухвалюватися за цією статтею КК, характеризуються як неправосудні. Про це йдеться, зокрема, в Методичних рекомендаціях щодо участі прокурора у судовому кримінальному провадженні про злочини у сфері службової діяльності в суді першої інстанції, схвалених на засіданні науково-методичної ради Генеральної прокуратури України (протокол № 5 від 26 червня 2017 р.).

Керуючись, серед іншого, викладеною аргументацією, Ордонікідзевський районний суд м. Запоріжжя вирокіом від 2 липня 2018 р. виправдав особу, обвинувачену у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369³ КК. Визначивши безпосередній об'єкт цього злочину як «встановлений порядок здійснення службової діяльності особами, уповноваженими на виконання функцій держави» і констатувавши нечинність Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згаданого у примітці ст. 369² КК, суд вирішив, що на момент вчинення дій, описаних в обвинувальному акті та інкримінованих підсудному, «відсутнє законодавство України про кримінальну відповідальність, яке визначає об'єкт злочину, передбаченого ст. 369² КК», а отже, відсутній склад цього злочину.

Із наведеним визначенням основного безпосереднього об'єкта зловживання впливом погодитись складно, беручи до уваги зміст аналізованої кримінально-правової заборони і, зокрема, ту обставину, що майбутня поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, будучи метою дій «активного» корупціонера і предметом обіцянки суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, знаходиться поза межами складу злочину. Крім цього, нечинність примітки ст. 369² КК у жодному разі не може перешкодити встановленню (передусім шляхом тлумачення диспозицій

ч. 1 і ч. 2 цієї статті) основного безпосереднього об'єкта зловживання впливом як злочину.

Так само Кельменецький районний суд Чернівецької області (вирок від 12 жовтня 2018 р.) виправдав обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, заступника начальника Сокирянської виправної колонії, який одержав від одного із засуджених неправомірну вигоду у розмірі 5 тис. доларів США за вплив на прийняття рішення особами, уповноваженими на виконання функцій держави. Судячи з вироку, суб'єкт, поведінка якого піддавалась кримінально-правовій оцінці, одержав гроші як для себе, так і для третіх осіб — прокурорів Сокирянської місцевої прокуратури Чернівецької області і суддів Сокирянського районного суду Чернівецької області, уповноважених на прийняття рішення щодо умовно-дотримоного звільнення засудженого. Пославшись на ч. 4 ст. 3 КК і практику ЄСПЛ у частині дотримання засади юридичної визначеності, суд вирішив, що втрата чинності Законом «Про заходи запобігання і протидії корупції», на який зроблене посилання у примітці ст. 369² КК, унеможливає встановлення ознак складу злочину «зловживання впливом».

Цей вирок, крім втілення у ньому формального підходу «закон є закон», зайвий раз демонструє невтішну тенденцію, яка полягає в тому, що завдяки існуванню досліджуваної кримінально-правової заборони зусилля правоохоронців нерідко зосереджуються на «фоновій» корупції — на шкоду викриттю корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави, зв'язок яких із засудженими за «пасивне» зловживання впливом зазвичай не встановлюється. Так, вирішивши, що недолуга примітка блокує застосування ст. 369² КК загалом, Кельменецький районний суд не визнав за потрібне з'ясувати, чи насправді гроші, передані засудженим, частково призначались для прокурорів і суддів, а якщо це так, то якою має бути кримінально-правова оцінка корупційної поведінки вказаних

службових осіб, а також того, хто планував передати їм певні грошові суми. Зрозуміло, що така оцінка виходить за межі звернення до ст. 369² КК, як і те, що відповідну претензію треба висувати передусім органу досудового розслідування, а не суду.

З урахуванням підпорядкованої (допоміжної) ролі приміток статей КК і, головним чином, пріоритетності при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України), який уможливорює відхід від «букви» закону у ситуації, коли закон сам по собі або через його інтерпретацію призводить у конкретній ситуації до явної несправедливості, вважаю, що з'ясована сумнівність примітки ст. 369² КК не повинна перешкоджати застосуванню цієї статті КК. Остання, повторю, покликана протидіяти «фоновій» корупції у виконанні «посередників», а не корупційній поведінці осіб, уповноважених на виконання функцій держави, законодавчий перелік яких (осіб) на сьогодні відсутній.

Поділяю виважену позицію, яку з розглядуваного питання кваліфікації обстоює В. О. Навроцький, переконаний у тому, що незастосування примітки ст. 369² КК не означає нечинності цієї статті. Адже: примітка є складовою статті КК, яка лише додатково роз'яснює її зміст; вона не містить вказівки на обов'язкові ознаки складу злочину — такі ознаки вказуються в диспозиції статті; сама по собі примітка не визначає підставу кримінальної відповідальності, а допомагає правильно застосувати диспозицію статті КК. Нечинність примітки ст. 369² КК означає, що диспозиції цієї статті повинні застосовуватись без урахування змісту примітки. Зміст відповідних кримінально-правових понять треба встановлювати на загальних засадах. Більшість статей Особливої частини КК не містять приміток, що не перешкоджає встановленню змісту викладених у цих статтях понять та їхньому застосуванню. Отже, слушно резюмує В. О. Навроцький, нечинність примітки ст. 369² КК веде тільки до обмеження кола осіб, вплив на прийняття рішення якими тяг-

не за собою кримінальну відповідальність за цією статтею КК, порівняно з тим, як це мало місце раніше, коли відповідний Закон (і примітка) діяли.

Таким чином, *de lege lata* до згаданих у ст. 369² КК осіб, уповноважених на виконання функцій держави, належать лише особи, вказані в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», і водночас не належать особи, які: а) уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування (зокрема, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови, посадові особи місцевого самоврядування, хоч вони фігурують у цій само правовій нормі); б) прирівняні до тих, хто виконує функції держави або місцевого самоврядування; в) обіймають відповідні посади в юридичних особах приватного права або виконують роботи, надають послуги відповідно до договору; г) є кандидатами на певні посади.

Та обставина, що примітка ст. 369² КК посилається на неіснуючий закон України (це вказує на відсутність законодавчо визначеного переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави), а аналогія закону в кримінальному праві не допускається, не завадила Дергачівському районному суду Харківської області ухвалити 24 жовтня 2018 р. обвинувальний вирок, засудивши за ч. 2 ст. 369² КК начальника відділу кадрів Сумського прикордонного загону Східного регіонального управління Державної прикордонної служби України (далі — ДПС) і колишнього заступника начальника Східного регіонального управління ДПС з персоналу. Вказані особи одержали неправомірну вигоду за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а саме рішення Голови ДПС щодо переведення зацікавленого в ньому прикордонника, який надав неправомірну вигоду, на посаду до одного зі структурних підрозділів Західного регіонального управління ДПС. Цікаво, що при обґрунтуванні кваліфікації дій засуджених суд, зокрема: а) послався на ч. 3 розділу XIII «Прикінцеві положення» Закону «Про запобігання корупції», згідно з якою до

приведення у відповідність з цим Законом нормативно-правові акти застосовуються в частині, що не суперечить йому; б) наголосив на тому, що Голова ДПС як особа, яка обіймає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, у центральному органі виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, є особою, уповноваженою на виконання функцій держави.

Вироком Держинського районного суду м. Харкова від 25 березня 2019 р. за ч. 2 ст. 369² КК засуджено старшого державного інспектора відділу моніторингу доходів та обліково-звітних систем Київського управління Головного управління ДФС у Харківській області. Ця особа одержала неправомірну вигоду за здійснення впливу на слідчого та прокурора Генеральної прокуратури України, які здійснювали досудове розслідування та процесуальне керівництво у кримінальному провадженні, щодо не проведення стосовно службових осіб СВК «Харківський молочник» і СВК Смакограй» комплексу слідчих і процесуальних дій і, відповідно, подальшого непритягнення цих осіб до кримінальної відповідальності. Суд, як і в попередньому випадку, послався на розділ XIII «Прикінцеві положення» Закону «Про запобігання корупції», а також наголосив на тому, що, незважаючи на невнесення змін до ст. 369² КК, працівники прокуратури та правоохоронних органів антикорупційним законодавством (і діючим раніше, і чинним) визначені як особи, уповноважені на виконання функцій держави.

Постановою колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі — ККС ВС) від 15 листопада 2018 р. підтверджено обґрунтованість засудження за ч. 2 ст. 369² КК фізичної особи — підприємця і колишнього співробітника Управління Державної архітектурно-будівельної інспекції у Хмельницькій області, які одержали неправомірну вигоду у вигляді 1 тис. 700 доларів США за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій

держави (головним інспектором будівельного нагляду сектору по роботі з дозвільними документами вказаного Управління).

До осіб, уповноважених на виконання функцій держави, при засудженні за зловживання впливом були виправдані віднесені також: начальник Управління превентивної діяльності ГУ НП в Запорізькій області (вирок Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 10 жовтня 2018 р.); військовий комісар Києво-Святошинського районного комісаріату (вирок Голосіївського районного суду м. Києва від 7 березня 2019 р.); старший слідчий військової прокуратури Львівського гарнізону (вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 11 грудня 2018 р.); старший прокурор групи прокурорів у кримінальному провадженні прокурора військової прокуратури Одеського гарнізону (вирок Приморського районного суду м. Одеси від 19 грудня 2018 р.); слідчий СВ Дніпровського відділу поліції ГУ НП в Запорізькій області (вирок Комунарського районного суду м. Запоріжжя від 18 січня 2019 р.); суддя Любомльського районного суду Волинської області (вирок Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 20 лютого 2019 р.).

На відміну від згаданих вище судових рішень, вирок Кіровоградського районного суду м. Кіровограда від 18 жовтня 2018 р., яким за ч. 2 ст. 369² КК засуджено директора ТОВ «Рекламне агентство Рік-Медіа», депутата Фортечної районної у м. Кропивницькому ради, навряд чи може бути розцінений схвально. Вказаний суб'єкт, засвідчуючи свій авторитет, партнерські взаємовідносини з міським головою Кропивницького і можливість вести переговори з посадовими особами міської ради, а також вплив на прийняття ними потрібних рішень, від керівника однієї комерційної структури одержав неправомірну вигоду (133 тис. грн) за вплив на прийняття рішень виконавчими органами міської ради міста Кропивницького щодо надання дозволів на розміщення п'яти об'єктів реклами (білбордів) у Кропивницькому.

З урахуванням того, що осіб, уповноважених на виконання функцій місцевого самоврядування, на рішення яких обіцяв вплинути засуджений, немає підстав визнавати особами, уповноваженими на виконання функцій держави (виходжу із закріпленої в Конституції України та інших законодавчих актах відокремленості органів місцевого самоврядування від держави), інкримінування ч. 2 ст. 369² КК у цьому разі вважаю сумнівним.

Сказане стосується також: засудження за ч. 2 ст. 369² КК особи, яка одержала неправомірну вигоду (2 тис. доларів США) за обіцянку здійснити вплив на службових осіб Одеської міської ради (вирок Малиновського районного суду м. Одеси від 28 лютого 2019 р.); засудження за ч. 2 ст. 369² КК особи, яка одержала неправомірну вигоду (25 тис. доларів США) за вплив на прийняття рішення заступником директора департаменту — начальником управління архітектури та урбаністики департаменту містобудування Львівської міської ради (вирок Личаківського районного суду м. Львова від 7 листопада 2018 р.).

Однозначно не слід при застосуванні ст. 369² КК посилається на нечинний Закон «Про засади запобігання і протидії корупції» як акт, що визначає коло осіб, уповноважених на виконання функцій держави, даючи кримінально-правову оцінку діям, вчиненим після набрання чинності Законом «Про запобігання корупції», хоч і такі прикрі випадки трапляються в судовій практиці (наприклад, вирок Київського районного суду м. Полтави від 25 січня 2019 р.).

De lege ferenda з метою узгодження положень КК та чинного антикорупційного законодавства в ст. 369² КК (включаючи її примітку) доцільно вказати на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та осіб, прирівняних до них. Тобто маються на увазі особи, вказані в пунктах 1 і 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції». Вважаю, що такий варіант поліпшення ст. 369² КК узгоджуватиметься зі ст. 18 Конвенції ООН

проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією.

**Про співвідношення складів злочинів,
передбачених ст. 368 і ст. 369² КК**

Згаданий у ст. 369² КК вплив, на мій погляд, може полягати і в тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу в широкому розумінні вказаного поняття, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, які сама службова особа (суб'єкт «пасивного» зловживання впливом) вчинити не може. Вважаю за доречне звернутись тут до матеріалів кримінальної справи сумнозвісного «колядника» Зварича.

Нагадаю, що вироком Оболонського районного суду м. Києва від 19 вересня 2011 р. Зварича було засуджено, зокрема, за ч. 3 ст. 368 і ч. 2 ст. 368 КК за те, що він, обіймаючи протягом 2007—2008 рр. посаду голови Львівського апеляційного адміністративного суду і використовуючи фактичні можливості свого службового становища, неодноразово одержував хабарі у великих та особливо великих розмірах за виконання чи невиконання в інтересах третіх осіб дій під час відправлення судочинства в очолюваному ним суді. Правильність такої кваліфікації дій засудженого підтвердили Апеляційний суд м. Києва (ухвала від 30 березня 2012 р.) і колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ухвала від 6 листопада 2012 р.). У заяві адвоката про перегляд ВСУ вказаних ухвал ставилось, серед іншого, питання про перекваліфікацію дій засудженого Зварича з інкримінованої йому ст. 368 КК «Одержання хабара» на ст. 369² КК «Зловживання впливом».

Одна з ключових проблем, пов'язаних із кваліфікацією дій Зварича, зводилась до розуміння використаного в попередніх редакціях ст. 368 КК звороту «за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах тре-

тьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища». Позначена проблема не є новою для кримінально-правової науки. Частина дослідників виступала за обмежувальне тлумачення поняття «використання службового становища» в складі злочину «одержання хабара», розуміючи під ним лише використання службових повноважень, вчинення діянь, обумовлених виключно службовою компетенцією хабародержувача. Водночас переважна більшість науковців обстоювала так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара і, не зводячи його до діянь у межах службової компетенції, включала в це поняття використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою.

Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не обіймають ту чи іншу посаду. При цьому увага зверталась, зокрема, на те, що жодна службова особа не уповноважується на перевищення службових повноважень, на вчинення інших незаконних і, тим більше, злочинних діянь. У разі ж сприйняття вузького розуміння використання службового становища (діяння, зумовлені виключно службовою компетенцією особи) випадки отримання майнових винагород за незаконні діяння по службі не будуть охоплюватись складом одержання хабара, що вважалось неправильним. Адже незаконне використання особою свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою, є не менш суспільно небезпечним, ніж діяння в межах службової компетенції.

Саме такий підхід традиційно сприймався судовою практикою, у т. ч. на рівні роз'яснень Пленуму ВСУ. Цим і пояснюється наявність у п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснення, згідно з яким відповідальність за одержання хабара

настає і в тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона не уповноважена була вчиняти, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

У межах викладеної усталеної правової позиції і теоретики, і практики виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, вчинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа завдяки своєму службовому становищу (в його широкому розумінні) вжити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабародавця (іншої особи). За таких обставин правильність кваліфікації скоєного Зваричем як одержання хабара на момент інкримінування йому ст. 368 КК сумнівів не викликала. Адже особи, які передавали незаконні майнові винагороди йому як голові Львівського апеляційного адміністративного суду, розраховували на те, що він, використовуючи в їх інтересах можливості свого службового становища, відповідним чином вплине на суддів очолюваного ним суду при прийнятті останніми процесуальних рішень. Усвідомлював цю обставину і керівник суду, який був представником влади і, відповідно, службовою особою в кримінально-правовому розумінні цього поняття.

Тому слід погодитись із твердженням, наведеним у постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 25 квітня 2013 р. у справі щодо Зварича, про те, що засуджений, будучи службовою особою, одержував хабарі, використовуючи фактичні можливості свого службового становища як голови суду. Посилання засудженого на те, що він не вчинив дій в інтересах хабародавців, до уваги прийматись не повинні і на кваліфікацію одержання хабара не впливають, оскільки поведінка хабароодержувача по службі (виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої службовій особі влади чи службового становища)

знаходиться поза межами складу злочину «одержання хабара».

Однак викладений підхід не враховує змін в антикорупційному законодавстві. Поява в КК заборони, присвяченої зловживанню впливом, поставило питання про доречність широкого тлумачення поняття «використання службового становища», вжитого в ст. 368 КК (включаючи її чинну редакцію), і розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369² КК. В юридичній літературі ці питання вирішуються суперечливо. На мій погляд, питання про вказане розмежування найбільш вдало вирішують П. П. Андрушко і В. М. Киричко.

Так, П. П. Андрушко висловив думку про те, що законодавець з усіх форм одержання хабара вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання таку форму, як одержання хабара (наразі — неправомірної вигоди) за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для хабародавця (третьої особи), які сам одержувач хабара вчинити не може. Як наслідок, має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ст. 369² КК) кримінально-правових норм, яка має вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі.

Подібним чином розмірковує В. М. Киричко, на переконання якого формулювання «з використанням наданої їй влади чи службового становища», зазначене в ст. 368 КК, здатне охопити і «службовий вплив» (вплив із використанням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями). Слова «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», вказані в п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво, позначають той службовий вплив, який, починаючи з моменту набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»,

виділений в спеціальну норму — ч. 2 ст. 369² КК. Отже, склади злочину, передбачені ч. 2 і ч. 3 ст. 369² КК, є спеціальними щодо складів злочину, передбаченого ст. 368 КК. Цієї ж точки зору дотримується й чимало інших науковців. Зокрема, її докладно обґрунтовує В. О. Навроцький, справедливо наголошуючи на тому, що про наявність співвідношення загальної та спеціальної кримінально-правової норми можна вести мову лише щодо конкретної правозастосовної ситуації.

Узагальнюючи викладене, роблю висновки про те, що в цій частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369² КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. На користь зробленого висновку вказують і пункти 65, 66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де говориться таке: відмінність між зловживанням впливом і хабарництвом полягає в тому, що особа, котра зловживає впливом, не мусить вчинити дію або утриматися від дії, як би це належало зробити публічній посадовій особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну вчинити потрібну дію (або втриматися від її учинення).

Цікаво, що постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 18 грудня 2014 р. у задоволенні скарги захисника Зварича було відмовлено на тій підставі, що аналіз відповідних рішень суду касаційної інстанції засвідчив відсутність даних про неоднаковість у застосуванні однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Фактично ВСУ (можна лише здогадуватись, чому) самоусунувся від розгляду по суті питання про правильність кваліфікації злочинних дій Зварича у світлі оновленого антикорупційного законодавства.

Водночас положення про співвідношення ст. 368 і ст. 369² КК як загальної

і спеціальної кримінально-правових норм сприймається судовою практикою.

Так, Жовківський районний суд Львівської області (вирок від 30 березня 2016 р.) за ч. 2 ст. 369² КК засудив старшого державного інспектора відділу митного оформлення № 2 митного поста «Рава-Руська» Львівської митниці, який протягом вересня-жовтня 2015 р. неодноразово одержував неправомірні вигоди у вигляді грошей за здійснення ним впливу на осіб, які працюють на митному посту «Скнилів», щодо пришвидшення оформлення митних документів і зниження вартості розмитнення транспортних засобів. Суд, визнаючи митного інспектора винуватим в одержанні неправомірної вигоди для себе за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, обґрунтував своє рішення, зокрема, тим, що підсудний був у змозі здійснювати незаконний вплив на працівників митного поста «Скнилів» щодо митного оформлення автомобілів і зниження їх митної вартості, виходячи із займаної ним посади та його тривалих службових стосунків з працівниками цього митного поста.

За ч. 2 ст. 369² КК Шевченківський районний суд м. Чернівці (вирок від 18 березня 2014 р.) кваліфікував дії головного архітектора Чернівецької області — начальника управління регіонального розвитку, містобудування та архітектури Департаменту інфраструктури, містобудування, архітектури та житлово-комунального господарства Чернівецької ОДА, який одержав неправомірну вигоду у вигляді талонів на бензин, національної та іноземної валюти за те, що посприяв приватному підприємцю у погодженні документації, необхідної для розміщення конструкцій зовнішньої реклами, та в отриманні дозволів на розміщення цих конструкцій. Незважаючи на те, що ні головний архітектор Чернівецької області, ні працівники очолюваного ним управління ОДА не мали повноважень на видачу відповідної дозвільної документації (це — компетенція певних від-

ділів райдержадміністрацій і виконавчих комітетів сільських рад), вказана службова особа пообіцяла і, врешті-решт, змогла схилити начальника відділу містобудування, архітектури, інфраструктури та житлово-комунального господарства Кельменецької РДА прийняти рішення, потрібне для зацікавленого у розміщенні рекламних конструкцій приватного підприємця. Останній, сприймаючи головного архітектора Чернівецької області як представника влади та усвідомлюючи, що останній в силу своїх службових повноважень, авторитету і стосунків з керівництвом Кельменецької РДА зможе потрібним чином вплинути на згаданого чиновника, надав обумовлену неправомірну вигоду.

Погоджуючись з тим, що в цьому разі мало місце зловживання впливом і що суд, вирішуючи питання про співвідношення ст. 368 і ст. 369² КК, правильно надав перевагу останній як спеціальній нормі, водночас зауважу, що за відсутності в КК складу злочину «зловживання впливом» описані дії головного архітектора Чернівецької області могли б бути кваліфіковані за відповідною частиною ст. 368 КК як одержання неправомірної вигоди службовою особою.

При цьому слід зробити застереження: теза про спеціальний характер ст. 368 КК не стосується випадків одержання «публічною» службовою особою неправомірної вигоди за вжиття заходів завдяки своєму службовому становищу у частині впливу на осіб, яких немає підстав визнавати уповноваженими на виконання функцій держави. У цій частині поняття «використання службового становища», вжите в ст. 368 КК, вочевидь, і надалі має тлумачитись широко. Оскільки вчинене не охоплюватиметься в цьому разі спеціальною нормою (ч. 2 ст. 369² КК), застосуванню підлягатиме загальна норма (ст. 368 КК). Тобто не слід беззастережно (як про це йдеться у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією) одну з відмінностей традиційного хабарництва від «пасивного» зловживання впливом вбачати у тому, що перше зав-

жди передбачає вчинення діяння в інтересах «хабародавця» службовою особою особисто.

З огляду на сказане, вважаю, що дії голови Строїнецької сільської ради, який одержав неправомірну вигоду у вигляді 1 тис. доларів США за прийняття очолюваною ним радою рішення про надання у власність земельної ділянки, мали кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 368 КК. Проте Новоселицький районний суд Чернівецької області (вирок від 22 серпня 2017 р.) визнав цю службову особу винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, виходячи з того, що вона одержала неправомірну вигоду за здійснення впливу (шляхом використання своїх ділових та дружніх зв'язків) на депутатів сільради при прийнятті ними вказаного рішення.

Наведений приклад із судової практики є типовим у плані як ігнорування багатьма правозастосувачами притаманної ст. 369² КК проблеми «особи, уповноваженої на виконання функцій держави», так і безпідставного охоплення цією кримінально-правовою нормою тих різновидів корупційної поведінки, яку навряд чи можна визнавати «фоновою» корупцією.

Водночас вважаю правильним засудження не за ч. 2 ст. 369², а за ч. 3 ст. 368 КК (вирок Козятинського міськрайонного суду Вінницької області від 27 лютого 2019 р.) начальника управління містобудування, архітектури та містобудівного кадастру Козятинської міської ради Вінницької області, який одержав неправомірну вигоду у вигляді 300 доларів США за сприяння у прийнятті позитивного висновку за результатами розгляду звернення особи про можливість відведення земельної ділянки для встановлення тимчасової споруди з метою здійснення підприємницької діяльності.

До слова, при бажанні в обстоюваному у т. ч. мною положенні про співвідношення ст. 368 і ст. 369² КК як загальної і спеціальної норми можна побачити конфлікт між результатами телеологічного (цільового) і буквального тлумачення

кримінального закону. De lege ferenda (якщо, звичайно, виходити з потреби досліджуваної статті КК) конструктивно вважаю пропозицію Д. Г. Михайленка передбачити у ст. 369² КК вказівку, за якою вона повинна застосовуватись лише за відсутності у вчиненому ознак хабарництва або співучасті в ньому. Таке доповнення не лише усуне складні конкуренції кримінально-правових норм, а й виокремить ту поведінку, яку, вочевидь, прагнув заборонити законодавець (одержання неправомірної вигоди за здійснення впливу на рішення уповноваженої особи за відсутності використання службового становища особи, яка вчиняє вплив).

Замість післямови

Розглянутими вище коло проблемних питань, пов'язаних із тлумаченням і застосуванням ст. 369² КК, не вичерпується, що зайвий раз вказує на дефектність цього кримінального закону та актуалізує його оцінку як «п'ятого колеса до воза» в існуючому арсеналі протидії корупції. До інших дискусійних питань варто віднести, зокрема: можливість ін-

кримінування ст. 369² КК за наявності удаваного впливу і співвідношення зловживання впливом із шахрайством; характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, і кваліфікація за сукупністю відповідних злочинів; зміст вимагання неправомірної вигоди як кваліфікуючої ознаки зловживання впливом і доречність її законодавчого виокремлення; відмежування зловживання впливом від інших корупційних деліктів (відмінних від описаних у статтях 368, 369 КК).

Насамкінець зазначу, що останнім часом Велика палата ВС демонструє схвальну спроможність доводити розгляд складних кримінально-правових питань до логічного завершення. Це не усуває ґрунт для подальших доктринальних дискусій, однак забезпечує вкрай необхідну в контексті дотримання верховенства права уніфікованість і передбачуваність судових рішень. Автор спробував довести, що стаття КК про відповідальність зловживання впливом конче потребує докладання кваліфікованих зусиль з боку Великої Палати ВС.

Дудоров А. А. Проблемы квалификации злоупотребления влиянием в судебной практике. В законодательном инструментарии, призванном обеспечивать противодействие коррупции, ст. 369-2 Уголовного кодекса Украины (далее — УК) «Злоупотребление влиянием» занимает особое место. С одной стороны, этот запрет активно востребован на практике (причем количество лиц, осужденных за злоупотребление влиянием, растет) с другой, включение ее в УК усилило казуистичность последнего, частично создало избыточность законодательного описания преступного поведения, связанной с коррупцией, и из-за несоблюдения в этом случае принципов правовой определенности серьезно осложнило применения УК.

Ключевые слова: Уголовный кодекс Украины, коррупция, антикоррупционные конвенции.

Dudorov O. O. Problems of qualification of abuse of influence in judicial practice.

In the legislative toolkit, designed to provide anti-corruption, Art. 369-2 of the Criminal Code of Ukraine (hereinafter — the Criminal Code) «Abuse of influence» occupies a special place. On the one hand, this prohibition is actively demanded in practice (and the number of people convicted for abuse of influence is growing), on the other hand, its inclusion in the Criminal Code strengthened the casuistry of the latter, in part created the redundancy of the legislative description of criminal behavior related to corruption, and in this case, the principles of legal certainty seriously complicated the application of the Criminal Code.

Key words: Criminal Code of Ukraine, corruption, anti-corruption conventions.