КОРУПЦІЙНІ СХЕМИ:

ЇХ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ І ДОСУДОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ

За редакцією М. І. Хавронюка

Книга є практичним посібником з питань кримінально-правової кваліфікації та досудового розслідування корупційних злочинів і злочинів, пов'язаних з корупцією.

ПРЯМУЄМО РАЗОМ

Центр політико-правових реформ

КОРУПЦІЙНІ СХЕМИ: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування

За редакцією М. І. Хавронюка

Київ
ФОП Москаленко О. М.
2019

УДК 343.1+328.185

Колектив авторів:
Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П., Калмиков Д. О., Луцик В.В., Навроцький В.О., Хавронюк М.І., Шехавцов Р.М.

Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М.І. Хавронюка.– К. : Москаленко О. М., 2019. – 464 с.

Книга є практичним посібником з питань кримінально-правової кваліфікації та досудового розслідування корупційних злочинів і злочинів, пов’язаних з корупцією.

Розрахована на детективів Національного антикорупційного бюро України, слідчих Державного бюро розслідування і Національної поліції, прокурорів і суддів, а також адвокатів, посадових та службових осіб Національного агентства з питань запобігання корупції, Національного агентства з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, державних податкової, митної, аудиторської служб, служби фінансового моніторингу та ін. Може бути корисною для студентів і слухачів освітньокваліфікаційного рівня «магістр» за напрямами підготовки «правознавство» і «правоохоронна діяльність», аспірантів та викладачів юридичних вищих закладів освіти, науковців.

Центр політико-правових реформ

Цей посібник було створено за підтримки Європейського Союзу в межах проекту Центру політико-правових реформ «Посилення ролі громадянського суспільства у забезпеченні демократичних реформ і якості державної влади». Зміст посібника є предметом відповідальності Центру політико-правових реформ і не обов'язково відображає позицію Європейського Союзу.

ISBN 978-966-2214-83-3

© Колектив авторів, 2019
© Центр політико-правових реформ, 2019

ЗМІСТ

Авторський колектив 7

Список основних скорочень 8

Вступ 11

РОЗДІЛ 1. Корупційні злочини, пов'язані з незаконним оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб
Загальні положення до розділу *(В. Навроцький)* 16

1.1. Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК) *(В. Навроцький)* 18

1.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 191 КК *(В. Луцик)* 33

1.3. Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації (ст. 206-2 КК) *(О. Дудоров)* 39

1.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 206-2 КК *(В. Луцик)* ... 42

1.5. Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем військового майна, а також заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410 КК) *(М. Хавронюк)* 46

1.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 410 КК *(В. Луцик)* 63

РОЗДІЛ 2. Корупційне зловживання владою чи службовим становищем
Загальні положення до розділу *(В. Навроцький)* 66

2.1. Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК) *(В. Навроцький)* 67

2.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 364 КК *(Р. Шехавцов)* 77

2.3. Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням (ст. 210 КК). Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону (ст. 211 КК) *(О. Дудоров)* 85

2.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 210 КК *(Р. Шехавцов)* 99

2.5. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 211 КК *(Р. Шехавцов)* 105

РОЗДІЛ 3. Давання й одержання неправомірної вигоди 112

3.1. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК) *(О. Дудоров)* 112

3.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 354 КК *(Р. Шехавцов)* 129

3.3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК) *(В. Навроцький)* 133

3.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 368 КК *(Р. Шехавцов)* 148
3.5. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК) *(В. Навроцький)* 154
3.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 369 КК *(Р. Шехавцов)* 164
3.7. Зловживання впливом (ст. 369-2 КК) *(В. Навроцький)* 168
3.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 369-2 КК *(Р. Шехавцов)* 178

РОЗДІЛ 4. Квазі-корупційне діяння – незаконне збагачення та злочини, пов'язані з корупцією, підслідні Національному антикорупційному бюро України 187

4.1. Незаконне збагачення *(О. Дудоров, М. Хавронюк)* 187
4.2. Методика розслідування незаконного збагачення *(Р. Шехавцов)* 197
4.3. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК) *(О. Дудоров)* 204
4.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 209 КК *(Р. Шехавцов)* 215
4.5. Декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК) *(К. Задоя)* 226
4.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 366-1 КК *(Р. Шехавцов)* 234

РОЗДІЛ 5. Інші злочини, підслідні Національному антикорупційному бюро України «за зв'язком проваджень»
Загальні положення до розділу *(Д. Калмиков)* 240

5.1. Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму (ст. 209-1 КК) *(О. Дудоров)* 240
5.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 209-1 КК *(В. Луцик)* 245
5.3. Введення в оману суду або іншого уповноваженого органу (ст. 384 КК) *(О. Житний)* 248
5.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 384 КК *(В. Луцик)* 252
5.5. Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст. 385 КК) *(О. Житний)* 254
5.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 385 КК *(В. Луцик)* 258
5.7. Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386 КК) *(О. Житний)* 261
5.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 386 КК *(В. Луцик)* 265
5.9. Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування (ст. 387 КК) *(Д. Калмиков)* 267
5.10. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 387 КК *(В. Луцик)* 273

5.11. Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК) *(Д. Калмиков)* 277
5.12. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 388 КК *(В. Луцик)* 285
5.13. Приховування злочину (ст. 396 КК) *(Д. Калмиков)* 288
5.14. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 396 КК *(В. Луцик)* 292

РОЗДІЛ 6. Суміжні з корупційними злочини у сфері службової діяльності, підслідні підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України
Загальні положення до розділу *(К. Задоя)* 296
6.1. Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365 КК) *(К. Задоя)* 297
6.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 365 КК *(В. Луцик)* 302
6.3. Службове підроблення (ст. 366 КК) *(Д. Калмиков)* 307
6.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 366 КК *(В. Луцик)* 320
6.5. Службова недбалість (ст. 367 КК) *(О. Житний)* 323
6.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 367 КК *(В. Луцик)* 327
6.7. Провокація підкупу (ст. 370 КК) *(М. Хавронюк)* 328
6.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 370 КК *(В. Луцик)* 340

РОЗДІЛ 7. Окремі корупційні та пов'язані з корупцією злочини, підслідні органам Державного бюро розслідувань або Національної поліції 344
7.1. Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації (статті 159-1 і 160 КК) *(К. Задоя)* 344
7.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 159-1 КК *(Р. Шехавцов)* 352
7.3. Підкуп виборця (ст. 160) *(К. Задоя)* 360
7.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 160 КК *(Р. Шехавцов)* 365
7.5. Контрабанда, вчинена службовою особою з використанням службового становища (ч. 2 ст. 201 КК) *(О. Дудоров)* 372
7.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 201 КК *(Р. Шехавцов)* 378
7.7. Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності, вчинені службовою особою (ч. 2 ст. 256 КК) *(К. Задоя)* 383
7.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 256 КК *(Р. Шехавцов)* 386
7.9. Злочини службових осіб, пов'язані з незаконним переправленням осіб через державний кордон України (ч. 2 ст. 332 КК) *(М. Хавронюк, Д. Калмиков)* 389
7.10. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 332 КК *(Р. Шехавцов)* 396

7.11. Злочини службових осіб, пов'язані з порушенням порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї (ч. 2 ст. 332-1 КК) *(М. Хавронюк, Д. Калмиков)* 401
7.12. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 332-1 КК *(Р. Шехавцов)* 404
7.13. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1 КК) і зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК) *(В. Навроцький)* 410
7.14. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 364-1 КК *(Р. Шехавцов)* 416
7.15. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 365-2 КК *(Р. Шехавцов)* 421
7.16. Підкуп службової особи юридичної особи приватного права (ст. 368-3 КК) і підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК) *(В. Навроцький)* 425
7.17. Методика розслідування злочинів, передбачених статтями 368-3 і 368-4 КК *(Р. Шехавцов)* 430
7.18. Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 КК) *(М. Хавронюк)* 437
7.19. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 375 КК *(Р. Шехавцов)* 448
7.20. Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду (ст. 376-1 КК) *(В. Навроцький)* 454
7.21. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 376-1 КК *(Р. Шехавцов)* 460

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Дудоров Олександр Олексійович, 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.

Житний Олександр Олександрович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна.

Задоя Костянтин Петрович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді.

Калмиков Дмитро Олександрович, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, науковий співробітник науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів територіальними органами Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, експерт Центру політико-правових реформ.

Луцик Василь Васильович, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ, член Науково-консультативної ради при Державному бюро розслідувань.

Навроцький Вячеслав Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, професор кафедри теорії права та прав людини Українського католицького університету, професор кафедри кримінального права та кримінології Львівського державного університету внутрішніх справ, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді.

Хавронюк Микола Іванович, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, професор кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія», член правління Центру політико-правових реформ, Голова Науково-консультативної ради при Державному бюро розслідувань.

Шехавцов Руслан Миколайович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Львівського державного університету внутрішніх справ.

СПИСОК ОСНОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

БК – Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р.
ВК – Водний кодекс України від 6 червня 1995 р.
ГК – Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р.
ГПК – Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р.
ЖК – Житловий кодекс України від 30 червня 1983 р.
ЗК – Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.
КУпАП – Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р.
КЗП – Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р.
КВК – Кримінально-виконавчий кодекс від 11 липня 2003 р.
КАС – Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р.
КК – Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р.
КН – Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р.
КПК – Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р.
КТМ – Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р.
ЛК – Лісовий кодекс України від 8 лютого 2006 р.
МК – Митний кодекс України від 13 березня 2012 р.
ПК – Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р.
СК – Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р.
ЦК – Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.
ЦПК – Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р.
АК – Антимонопольний комітет України
АРК – Автономна Республіка Крим
БВПД – безоплатна вторинна правова допомога
ВАС – Вищий адміністративний суд України
ВГС – Вищий господарський суд України
ВККС – Вища кваліфікаційна комісія суддів України
ВМС – Військово-Морські Сили України
ВЛК – Військово-лікарська комісія
ВООЗ – Всесвітня організація охорони здоров'я
ВР – Верховна Рада України
ВРП – Вища рада правосуддя
ВРЮ – Вища рада юстиції
ВС – Верховний Суд
ВС України – Верховний Суд України
ВСС Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ВСПЗС – Військова служба правопорядку у Збройних Силах України

ГП – Генеральна прокуратура

ДБР – Державне бюро розслідувань

ДКЦПФР – Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку

ДМС – Державна митна служба України

ДПА – Державна податкова адміністрація України

ДПС – Державна податкова служба України

ДПкС – Державна прикордонна служба України

ДПтС – Державна пенітенціарна служба України

ДСА – Державна судова адміністрація України

ДСЗС – Дисциплінарний статут Збройних Сил України

ДСФМ – Державна служба фінансового моніторингу України

ДФС Державна фіскальна служба України

ЄДРПО – Єдиний державний реєстр підприємств і організацій України

ЄКЗК – Європейський Комітет із запобігання катуванням

ЄКПЛ – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини)

ЄДРСР – Єдиний державний реєстр судових рішень

ЄРДР – Єдиний реєстр досудових розслідувань

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЗМІ – засоби масової інформації

ЗС – Збройні Сили України

КВІ – Кримінально-виконавча інспекція

КМ – Кабінет Міністрів України

КМРЄ Комітет Міністрів Ради Європи

КС – Конституційний Суд України

МАПП – Міністерство аграрної політики та продовольства України

МВС – Міністерство внутрішніх справ України

МЕРТ – Міністерство економічного розвитку і торгівлі України

МЕВП – Міністерство енергетики та вугільної промисловості України

МЕПР – Міністерство екології та природних ресурсів

МЗС – Міністерство закордонних справ України

МІ – Міністерство інфраструктури України

МК – Міністерство культури України

МНС – Міністерство надзвичайних ситуацій України

МО – Міністерство оборони України

МОЗ – Міністерство охорони здоров'я України

МОНМС – Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України

МОП – Міжнародна організація праці

МРР – Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України

МСП – Міністерство соціальної політики України

МФ – Міністерство фінансів України

МЮ – Міністерство юстиції України

НАВРУА (АРМА) – Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів

НАЗК Національне агентство з питань запобігання корупції

НАБУ – Національне антикорупційне бюро України

НБ – Національний банк України

НВ – неправомірна вигода

НКРЕ – Національна комісія регулювання електроенергетики України

ОЕСР – Організація економічного співробітництва і розвитку

ОРД – оперативно-розшукова діяльність

ООН – Організація Об'єднаних Націй

ПАРЄ – Парламентська асамблея Ради Європи

ПВС – Пленум Верховного Суду

ПФ – Пенсійний фонд України

РНБО – Рада національної безпеки і оборони України

РП – Рахункова палата України

РЄ – Рада Європи

САП – Спеціалізована антикорупційна прокуратура

СБ – Служба безпеки України

УДО – Управління державної охорони України

ФДМ – Фонд державного майна України

ЦВК – Центральна виборча комісія України

ЦОВВ центральний орган виконавчої влади

затв. – затверджений (-на, -не, -ні)

КВУ – кримінально-виконавча установа

КПП – контрольно-пропускний пункт

мрзп – мінімальний розмір заробітної плати

нмдг – неоподатковуваний мінімум доходів громадян

ухв. – ухвалений (-на, -не, -ні)

ВСТУП

Ця книга є своєрідним продовженням іншого посібника, присвяченого питанням юридичної відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією правопорушення, який було підготовлено за участі переважно тих же членів авторського колективу і вже витримав два видання[1]. У цій книзі автори майже не торкаються питань правової кваліфікації адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією, і не коментують антикорупційні положення кримінального процесуального законодавства, натомість, *по-перше,* більш ретельно, з використанням новітньої слідчо-прокурорської та судової практики (загалом дослідниками проаналізовані сотні судових рішень), розглядають складні питання правової кваліфікації усіх кримінальних корупційних та пов'язаних з корупцією правопорушень, насамперед тих, що підслідні детективам НАБУ, *по-друге,* пропонують детальні рекомендації щодо методики їх розслідування.

Перш ніж перейти до детального аналізу конкретних складів злочинів, варто визначитись із поняттям кримінально-правової кваліфікації та її основними правилами.

У КПК України понад тридцять разів зустрічається поняття «правова кваліфікація кримінального правопорушення». Про «кваліфікацію злочину» («кваліфікацію дій») дев'ять разів згадується і в КК України. Проте, закон не встановлює, що означає зазначена кваліфікація, за якими правилами і ким вона повинна здійснюватися. На ці питання не дають відповіді і суди. Роз'яснення касаційного суду стосуються лише окремих випадків кримінально-правової кваліфікації та іноді бувають суперечливими і недостатньо обґрунтованими для того, щоб їх можна було покласти в основу підозри й обвинувачення. Відповідно до ст. 46 Закону «Про судоустрій і статус суддів» Пленум Верховного Суду за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики зобов'язаний надавати роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ, у т.ч. з питань кримінально-правової кваліфікації. Але станом на 1 березня 2019 р. Пленум Верховного Суду не прийняв жодного такого роз'яснення.

Отже, правила кримінально-правової кваліфікації в Україні визначаються, як правило, в підручниках з кримінального права, відповідних монографіях, посібниках і коментарях до КК[2].

В українській доктрині є загальновизнаним, що під **кримінально-правовою кваліфікацію** у кримінальному процесі слід розуміти процес оціночно-пізнавальної діяльності відповідних суб'єктів (слідчого, детектива, прокурора, судді тощо), а у кримінальному праві, коли йдеться про правильну чи неправильну правову кваліфікацію як результат вказаної оціночно-пізнавальної діяльності – її підсумок.

Кримінально-правова кваліфікація полягає у визначенні, зокрема: чи є вчинене діяння злочином (або кримінальним проступком[3])? чи передбачене воно чинним КК?[4] якщо так, то якою саме його статтею, частиною та/або пунктом статті (статтями, частинами та/або пунктами статей)? чи не вчинене воно за обставин, що виключають його кримінальну протиправність? чи не вчинене воно за обставин, що виключають кримінальну відповідальність особи?

Очевидно, що **у разі неправильної правової кваліфікації** можуть настати негативні правові наслідки для фізичної чи юридичної особи (і не лише для них), зокрема:

- відкрите кримінальне провадження за відсутності підстав для цього або, навпаки, за наявності належних підстав не відкрите кримінальне провадження;

- не закрите кримінальне провадження за наявності підстав для цього (зокрема через відсутність

---

[1] Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: ВД «Дакор», 2016. – 496 с.; 2017. – 522 с.

[2] В деяких державах правила кримінально-правової кваліфікації визначаються безпосередньо в законі. Як приклад можна навести статті 113-118 КК Молдови або статті 73-79 та інші КК Іспанії. Детальніше про це див.: Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. С. 497-501.

[3] З урахуванням прийнятого в листопаді 2018 р. проекту Закону №7279д, який Президентом України станом на 15 лютого 2019 р. і не підписано, і не повернуто до ВР з пропозиціями.

[4] Можливо, закон, яким діяння визнане злочином, ще не набрав чинності, тому діяння може бути формально визнане злочином, але відповідальність за нього ще не настає. Або, навпаки, може бути ситуація, коли новим законом караність діяння вже усунена, але цей закон ще не набрав чинності.

події або складу кримінального правопорушення, через наявність обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння або обставин, що звільняють від відповідальності;

- особу затримано в кримінальному процесуальному порядку, хоча вона, наприклад, насправді вчинила адміністративне або дисциплінарне правопорушення, суміжне з певним кримінальним правопорушенням;

- щодо особи застосовані заходи забезпечення кримінального провадження, які обмежують її права, свободи та законні інтереси, у т.ч. запобіжні заходи, або замість більш м'яких запобіжних заходів застосовані більш суворі чи навпаки (зокрема, правильність кваліфікації прямо впливає на можливість чи неможливість взяття під варту), або необґрунтовано продовжено строк запобіжного заходу тощо;

- щодо особи проведені слідчі дії, які обмежують її права, свободи чи законні інтереси (наприклад, обшуки, експертизи, негласні слідчі дії) або, навпаки, слідчим суддею необґрунтовано відмовлено у проведенні таких слідчих дій;

- щодо особи незаконно здійснене спеціальне досудове провадження і «заочний» судовий розгляд;

- судом необґрунтовано ухвалене рішення про затвердження угоди про визнання винуватості чи угоди з потерпілим;

- особу засуджено не за те кримінальне правопорушення, яке вона вчинила і, відповідно, призначене не те покарання, якого вона заслуговує.

На практиці кримінально-правова кваліфікація найбільш часто полягає у відмежуванні одного злочину від іншого. При цьому норми про відповідні злочини можуть:

а) конкурувати між собою. Конкуренція має місце у випадках, коли діяння відповідає всім ознакам двох чи більше статей (частин статей) Особливої частини КК, з яких має бути обрана лише одна, і норми цих статей (частин статей) практично повністю збігаються за своїм змістом та обсягом. Тобто спільними є родовий об'єкт, діяння і наслідки, суб'єкт і форма вини;

б) бути суміжними. У цих випадках діяння відповідає окремим ознакам двох чи більше статей (частин статей) Особливої частини КК, з яких має бути обрана лише одна, але норми цих статей (частин статей) лише частково збігаються за своїм змістом й обсягом. Тобто спільним може бути родовий об'єкт, але відмінними безпосередні об'єкти, або діяння явно відрізняються за способом вчинення, засобами чи знаряддями, наслідками, спеціальним суб'єктом чи формою вини тощо. Ознаки, за якими відрізняються суміжні діяння, треба вміти побачити.

Наукою кримінального права[1] і слідчо-прокурорською та судовою практикою вироблені такі **правила кримінально-правової кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм.**

Правило 1. Якщо конкретне посягання одночасно передбачене статтею (частиною, пунктом статті), яка охоплює його в цілому, та статтею (частиною, пунктом статті) КК, яка передбачає відповідальність за складові такого посягання (спосіб вчинення діяння, використання знарядь і засобів, заподіяння наслідків тощо), то скоєне кваліфікується лише за статтею (частиною, пунктом статті), яка охоплює посягання в цілому.

> *Наприклад: обіцянка або пропозиція неправомірної вигоди (далі – НВ) тій самій особі за ту саму послугу та наступне надання НВ кваліфікуються тільки як надання НВ; перевищення влади працівником правоохоронного органу, поєднане із заподіянням легких тілесних ушкоджень, кваліфікується тільки за ч. 2 ст. 365 КК.*

Правило 2. Якщо конкретне посягання передбачене і загальною, і спеціальною нормами, то

---

[1] У цьому посібнику ми спираємося в основному на працю: Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посіб. / В.О. Навроцький. – 2-ге вид. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 512 с.

Водночас, з питань кримінально-правової кваліфікації видано чимало праць. Зокрема: Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений. М. : Госюриздат, 1963. 324 с.; Куринов Б.А Научные основы квалификации преступлений. М. : Изд-во Моск. ун-та, 1984. 184 с.; Ф.Г. Бурчак. Квалификация преступлений. к. : Политиздат Украины, 1985. – 120 с.; Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в слоедственной и судебной практике. К. : Юрінком, 1995. 208 с.; Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М. : Юристъ, 2001. 304 с.; Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. К. : Атіка, 2003. 224 с.; Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. К. : Атіка, 2004. 188 с.; Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів. К.: Атіка, 2007. 592 с.; Кузнєцов В.В., Савченко А.В. Теорія кваліфікації злочинів: Підручник. К. : КНТ, 2007. 300 с.; Кваліфікація злочинів: Навч. посіб. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. К. : Істина, 2010. 430 с.; Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навчальний посібник / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужи та А.В. Савченка. К. : Атіка, 2011. 648 с.; Созанський Т.І. Кваліфікація сукупності злочинів: монографія. Львів : ЛДУВС, 2012. 240 с.; Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. Львів : ЛДУВС, 2013. 712 с.

застосовується тільки стаття (частина, пункт статті) КК, що передбачає спеціальну (або найбільш спеціальну) норму. Стаття (частина, пункт статті), яка передбачає загальну норму, застосовується лише тоді, коли вчинене не передбачено жодною зі спеціальних норм.

> *Наприклад: зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем після скасування у 2014 році ст. 423 КК слід кваліфікувати за ст. 364 КК, яка містить загальну норму про зловживання владою або службовим становищем, вчинене службовою особою; недбале ставлення до військової служби, що спричинило тяжкі наслідки, кваліфікується тільки за ст. 425 КК, а якщо раптом цю статтю буде скасовано (як було зі ст. 423 КК), то застосовуватиметься ст. 367 КК як стаття, що містить загальну норму.*

Визначити загальну норму порівняно з нормою, яка розглядається, можна, уявивши собі, що другої норми не існує, – норма, за якою буде здійснюватися кваліфікація, і є загальною у такому випадку (санкції статей (частин статей), які порівнюються, до уваги при цьому не беруться, оскільки законодавець в одних випадках у спеціальній нормі передбачає більш тяжкий злочин, а в інших – менш тяжкий)[1].

Правило 3. Якщо скоєне охоплюється кількома статтями (частинами, пунктами статей) КК, що містять спеціальні норми з обтяжуючими ознаками, то перевага у застосуванні надається статті (частині, пункту статті), що передбачає найбільш сувору відповідальність.

> *Наприклад: якщо НВ у значному розмірі отримала особа, яка займає особливо відповідальне становище, то діяння кваліфікується не за ч. 2, а за ч. 4 ст. 368 КК.*

Правило 4. Якщо стаття (частина, пункт статті) КК містить спеціальну норму про кримінальне правопорушення з пом'якшуючими ознаками, то вона має перевагу у застосуванні перед статтею (частиною, пунктом статті), що містить спеціальну норму про кримінальне правопорушення з обтяжуючими (кваліфікуючими) ознаками.

> *Серед статей КК, які передбачають відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення, прикладів дії цього правила немає. Що ж до інших статей, то йдеться, скажімо, про ситуацію, коли особою вчинене вбивство при перевищенні заходів, необхідних для затримання злочинця – у цьому випадку кваліфікація має здійснюватися за ст. 118 КК, а не за ч. 2 ст. 115 КК, незалежно від того, що вбивство вчинене щодо двох осіб або способом, небезпечним для життя багатьох осіб, тощо.*

Правило 5. Якщо скоєне охоплюється кількома статтями (частинами, пунктами статей), що містять спеціальні норми з пом'якшуючими ознаками, то перевага у застосуванні надається статті (частині, пункту статті), що передбачає найменш сувору відповідальність.

> *Класичним прикладом такої ситуації є кваліфікація умисного вбивства, вчиненого одночасно при перевищенні меж необхідної оборони та в стані сильного душевного хвилювання, – таке вбивство підлягає кваліфікації за ст. 118 КК, оскільки ця стаття передбачає найменш сувору відповідальність. Серед статей КК, які передбачають відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення, прикладом може бути ситуація винесення суддею завідомо незаконного рішення про тримання під вартою чи домашній арешт: із двох спеціальних видів зловживання владою, передбачених ч. 2 ст. 372 та ч. 1 ст. 375 КК, і таких, що можуть полягати у постановленні завідомо незаконної ухвали суду, слід обрати ч. 1 ст. 375 КК, яка передбачає менш сувору відповідальність (те саме стосується і співвідношення норм ч. 3 ст. 371 і ч. 2 ст. 375 КК).*

Іноді буває складно визначити, яка норма є спеціальною (більш спеціальною). Наприклад, коли йдеться про незаконне використання спец. технічних засобів отримання інформації, що заподіяло істотну шкоду правам громадян (ч. 3 ст. 359) і порушення таємниці телефонних розмов, вчинене із використанням спец. засобів (ч. 2 ст. 163), або про самовільне залишення місця служби в умовах бойової обстановки (ч. 4 ст. 408) і самовільне залишення поля бою під час бою (ст. 429).

В усіх подібних випадках конкуренції норм, яка є різновидом їх колізії, слід враховувати правила розв'язання колізій: якщо нова норма КК не скасувала стару, то колізію треба вирішувати на користь

---

[1] Наприклад, детально співвідношення норм як загальної та спеціальної на прикладі статей 368 і 369 КК та ст. 369-2 КК описано в Розділі 11 цієї книги.

особи, до якої відповідну норму застосовують. Так, застосовувати ч. 2 ст. 163, а не ч. 3 ст. 359, і ст. 429, а не ч. 4 ст. 408.

Правило кримінально-правової кваліфікації за відсутності конкуренції кримінально-правових норм (коли йдеться про необхідність розмежування складів суміжних злочинів) одне – розмежовувати між собою такі злочини необхідно за конкретними ознаками складу злочину. Такими ознаками є:

- спеціальний суб'єкт (в деяких статтях він може бути ще більш спеціальний);
- форма вини і вид умислу та необережності;
- мотив; мета; емоційний стан;
- наслідки;
- спосіб; місце; час; знаряддя; засоби; обстановка (ситуація);
- предмет; потерпілий;
- безпосередній об'єкт.

Не можна розмежувати злочини хіба що за такими ознаками, як загальний (при розмежуванні однорідних злочинів – також і родовий) об'єкт, причиновий зв'язок, осудність.

Вибір потрібної норми слід здійснювати шляхом поступового «відкидання» ознак юридичного складу, які не відповідають виявленим ознакам фактичного складу злочину.

> *Наприклад, необхідно дати правильну правову кваліфікацію (ст. 364 чи ст. 368 КК) діям міського голови А., який пролобіював законне рішення міської ради і на його підставі невідкладно підписав угоду про передачу 10 гектарів земель міста у власність ТОВ «Х», яке зобов'язалось на цій території збудувати міський зоопарк; через місяць після цього ТОВ «Х» навзаєм включило до свого складу як засновницю дочку міського голови.*

Поступово «відкидаючи» усі ознаки, які збігаються в обох названих злочинах: спеціальний суб'єкт (службова особа); форма вини і вид умислу (прямий умисел); мотив (корисливий); безпосередній об'єкт, – можна встановити, що відсутні мета, істотна шкода чи тяжкі наслідки (які мають значення для кваліфікації за ст. 364), а також відсутній спосіб, характерний для злочину, передбаченого ст. 364 (використання влади чи службового становища *всупереч інтересам служби*). Таким чином, діяння слід кваліфікувати за ст. 368.

> *В іншій ситуації необхідно дати правильну правову кваліфікацію (ст. 191, ст. 364 чи ст. 368 КК) схожому діянню: міський голова А. пролобіював незаконне рішення міської ради і на його підставі невідкладно підписав угоду про передачу 2 гектарів земель міста у власність ТОВ «Y», яке зобов'язалось на цій території збудувати 10 житлових будинків (1000 квартир), 100 з яких передати місту. Через місяць, додатковою угодою, яку також підписав міський голова, було визначено, що 10 із цих 100 квартир буде передано ТОВ «С», засновником якого раніше був А., а ставши міським головою, передав його в управління своїй дорослій доньці.*

Для початку слід знову «відкинути» усі ознаки, які збігаються в названих злочинах: спеціальний суб'єкт (службова особа); форма вини і вид умислу (прямий умисел); мотив (корисливий). Далі необхідно врахувати, що внаслідок вчиненого діяння один предмет (2 гектари землі) незаконно перейшов із власності громади у власність іншої особи, а інший предмет (10 квартир) – за домовленістю сторін із власності ТОВ «Y» мав перейти у власність третьої особи, наближеної до міського голови, – тому злочину, передбаченого ст. 364, немає (цей злочин безпредметний). Ці діяння відповідають ознакам злочинів, передбачених ч. 2 (або частинами 3, 4 чи 5 цієї статті – залежно від кваліфікуючих ознак) ст. 191 (розтрата чужого майна, вчинена шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем) і водночас відповідної частини ст. 368 (прийняття обіцянки одержання НВ) – має місце реальна сукупність злочинів.

> *В іншій умовній задачі при правовій кваліфікації слід відмежувати злочин, передбачений ст. 369-2 (зловживання впливом), від пособництва (посередництва) у злочині, передбаченому ст. 368 КК. Наприклад, директор ТОВ «А» мав за мету добитися прийняття незаконного рішення міської ради про передачу ТОВ «А» 0, 5 гектара земель міста у власність, а секретарка міського голови Б. пообіцяла йому підготувати документи і просити міського голову С. сприяти прийняттю цього рішення міською радою та підписати його – за надання їй та міському голові НВ за це; в наступному Б. одержала НВ, яку поділила із міським головою С., рішення було пролобійоване С., прийняте радою та підписане міським головою С.*

Тут збігаються усі ознаки вказаних двох злочинів, за винятком ознаки спеціального суб'єкта і способу – щодо Б. (у ст. 368 – вчинення службовою особою дій з використанням наданої їй влади чи службового становища, у ст. 369-2 – використання справжніх чи удаваних можливостей). При цьому ст. 369-2 містить спеціальний склад пособництва у злочині, передбаченому ст. 368 (або ст. 369). Таким чином, діяння Б. слід кваліфікувати за ст. 369-2, а діяння міського голови – за ст. 368.

Якби ж в аналогічній ситуації секретарка міського голови Б. одержала від директора ТОВ «А» НВ, всю суму якої привласнила, міському голові С. нічого не розповіла і рішення міською радою прийняте не було, то ознак зловживання впливом немає, водночас є ознаки шахрайства. Так, предметом злочину у ст. 369-2 передбачена неправомірна вигода, а у ст. 190 – чуже майно або право на майно, його наслідками у ст. 369-2 є можливість набуття майна чи іншої неправомірної вигоди і третіми особами, а у ст. 190 – заволодіння чужим майном, тобто перехід майна у власність суб'єкта злочину), способом вчинення злочину є обман, характерний для ст. 190, тоді як у ст. 369-2 йдеться про використання можливостей для впливу.

В окремих випадках правова кваліфікація може означати **необхідність відрізнити кримінальне правопорушення від цивільно-правового делікту.** Цивільним кодексом України передбачені такі делікти, як, наприклад: підроблення цінного паперу, який посвідчує зобов'язання, поєднане з передачею цього паперу іншій особі (ст. 198 ЦК, тягне за собою відшкодування збитків особі, якій передано такий цінний папір); незаконні рішення, дії чи бездіяльність службової особи органу державної влади (ст. 1174, передбачає відшкодування шкоди незалежно від вини); набуття майна або зберігання його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (ст. 1212, тягне за собою відшкодування шкоди).

Відмежовуючи злочини від цивільних деліктів, слід враховувати, що:

1) не можуть кваліфікуватися як злочини: невиконання чи неналежне виконання договірних зобов'язань; розпорядження своїм майном (у т.ч. часткою у спільній сумісній власності) або його знищення чи пошкодження;

2) водночас можуть кваліфікуватися як той або інший злочин, зокрема:

- протиправні дії особи щодо майна, яке відокремлене від її майна;
- вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства (ст. 228 ЦК);
- навмисне введення однією стороною правочину другої сторони в оману щодо обставин, які мають істотне значення (ст. 230 ЦК);
- застосування до особи тиску для вчинення правочину проти її справжньої волі (ст. 231 ЦК);
- зловмисна домовленість про його вчинення (ст. 232 ЦК);
- вчинення фіктивного чи удаваного правочину (ст. 234, ст. 235 ЦК).

Окремі **корупційні кримінальні правопорушення слід відмежовувати від адміністративних правопорушень**, зокрема, корупційні кримінальні правопорушення, передбачені:

ст. 368 КК, – від порушення обмежень щодо одержання подарунка (ст. 172-5 КУпАП);

ст. 210 КК – від нецільового використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням не у великих розмірах (ч. 5 ст. 164-12 КУпАП);

ст. 364 КК – від порушення законодавства про закупівлі (ст. 164-14 КУпАП), дискримінації підприємців органами влади (ст. 166-3 КУпАП), зловживання владою або службовим становищем, вчиненого в особистих інтересах (ст. 172-13 КУпАП), використання посадовою особою в неслужбових цілях державного майна (ст. 184-1 КУпАП);

ст. 366-1 КК – від подання завідомо неправдивих відомостей в декларації (ст. 172-6 КУпАП).

Таке відмежування слід здійснювати:

1) за конкретними ознаками складу (тобто так само, як і при розмежуванні кримінальних правопорушень);

2) у випадку колізії (коли всі ознаки збігаються) – застосовується норма, найбільш сприятлива для особи, до якої вона застосовується. У цьому випадку нормою ч. 2 ст. 9 КУпАП слід нехтувати, обґрунтовуючи це положеннями ч. 1 ст. 8 («В Україні визнається і діє принцип верховенства права», складовою якого, як відомо, є юридична визначеність) і ч. 3 ст. 62 Конституції України («Обвинувачення не може ґрунтуватися на... припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь»).

Розділ 1.

КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ, ПОВ'ЯЗАНІ З НЕЗАКОННИМ ОБЕРНЕННЯМ ЧУЖОГО МАЙНА НА СВОЮ КОРИСТЬ ЧИ КОРИСТЬ ІНШИХ ОСІБ

Загальні положення до розділу *(В. Навроцький)*

Злочини, пов'язані з незаконним оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, споконвіку були і є найбільш поширеними серед усіх посягань, оцінювалися як одні з найбільш небезпечних, а застосування норм про них викликає труднощі.

До таких злочинів зазвичай відносять корисливі злочини проти власності, деякі посягання у сфері господарської діяльності, окремі військові злочини. Частина із них становить корупційні злочини – це ті, які передбачені статтями 191, 206-2, 410.

Всі злочини проти власності, пов'язані з незаконним оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб (до них відносяться передбачені статтями 185-187, 189-191), характеризуються спільними типовими ознаками. Їх з'ясування та врахування під час правозастосовної діяльності дозволить врахувати специфіку цих посягань та провести їх відмежування від суміжних посягань, порушень, передбачених іншими галузями законодавства та не протиправних діянь.

Таблиця 1. **Типові ознаки злочинів проти власності**

Ознака, типова для цих злочинів	Значення цієї ознаки
Відбувається **порушення двох об'єктів:** а) обов'язкового основного – відносин власності (заподіюється шкода власнику – він стає біднішим внаслідок вчинення такого роду злочину); б) обов'язкового додаткового – відносин, які складаються з приводу розподілу матеріальних благ у суспільстві (має місце протиправне збагачення винного або інших осіб за його вибором).	Відсутність порушення обох вказаних об'єктів вказує на те, що відсутній злочин, пов'язаний з незаконним обернення чужого майна на користь окремих осіб – має місце інший злочин чи діяння взагалі не є злочинними. Відсутність порушення додаткового обов'язкового об'єкта унеможливлює доведення наявності корисливого мотиву.
Предмет – **чуже майно**, яке вже перебуває у фондах держави, суб'єкта права колективної чи приватної власності.	Якщо відбулося заволодіння майном, яке ще не перебуває у чужій власності, а лише повинно туди надійти, то має місце не один із вказаних злочинів, а заподіяння майнової шкоди (ст. 192), привласнення знайденого (ст. 193) або зловживання службовим становищем (ст. 364) тощо.
Об'єктивна сторона включає **дві обов'язкових дії:** а) вилучення майна з володіння власника чи уповноваженої ним особи (до цього прирівнюється і вилучення майна від особи, яка незаконно володіє чужим майном, так зване «викрадення викраденого»); б) обернення майна на свою користь чи користь інших осіб.	Вчинення лише однієї з названих дій вказує на відсутність порушення об'єкта, а можливо, ще й відсутність корисливого мотиву. Також це означає, що відсутнє діяння в повному обсязі. Загалом – це означає відсутність ознак складу злочину, передбаченого статтями 185-187, 189-191.
Вилучення чужого майна та його обернення на користь **здійснюється одним зі способів, визначених законом** (крадіжка, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство, привласнення, розтрата, заволодіння шляхом зловживання службовим становищем).	Відсутність ознак, які характеризують вказані способи вчинення злочину, означає відсутність **дії** як обов'язкової ознаки складу злочину.

Дії по вилучення майна та оберненню його на користь свою чи інших осіб характеризуються **протиправністю.**	Відсутність протиправності (тобто, констатація правомірності) вилучення майна означає, що не порушений обов'язковий основний та обов'язковий додатковий об'єкт вказаних злочинів.
Має місце **безоплатність** вилучення майна та його обернення на користь свою чи інших осіб.	Якщо майно вилучається оплатно (з наданням еквіваленту у вигляді іншого майна, коштів, проведення робіт чи надання послуг), то не настають наслідки у вигляді майнової шкоди (збіднiння) власника майна та збагачення інших осіб.
Дії вчинюються **умисно** та **з корисливих мотивів**.[1]	Інтелектуальна ознака умислу має місце, якщо особа знає (розуміє) всі вказані вище ознаки вказаних злочинів, вольова – передбачає принаймні бажання збагатитися самому чи збагатити інших осіб. Корисливі мотиви – це зокрема прагнення до протиправного збагачення за рахунок чужого майна. Тому наявність об'єктивних ознак вказаних злочинів дає підставу констатувати вину та мотив. І, навпаки, відсутність вини та мотиву вказують на відсутність об'єктивних ознак складів цих злочинів.

Кваліфікація посягання як такого, що відноситься до вказаної групи посягань на власність, можлива лише за умови встановлення усієї сукупності вказаних вище групових ознак. Аналіз практики показує, що значна частина правозастосовних помилок якраз і обумовлена ігноруванням загальних, типових для усієї групи злочинів ознак. Найчастіше – це акцент лише на те, що майно вибуло з володіння певної юридичної особи. При цьому не встановлюється, яка ж доля цього майна, чи відбулося звернення його на користь окремих осіб та у який саме спосіб, чи відбулося протиправне та безпідставне збагачення таких осіб.

Крім вказаних вище, кожне посягання, яке відноситься до цієї групи, характеризується ще й своїми специфічними ознаками – ознаками відповідного складу злочину. Ці ознаки, які стосуються корупційних злочинів, пов'язаних з незаконним оберненням чужого майна на свою чи інших осіб користь, характеризуються далі.

У контексті безоплатності можливим є запитання, чи підлягає діяння кваліфікації, наприклад, за ст. 191 в ситуаціях, коли: 1) товар закуплено дорожче, ніж можна було; 2) товар закуплено за нормальною ціною чи нижче (неліквід)?

Злочин, передбачений ст. 191 (як і будь-яке «розкрадання»), має місце, якщо відбувається вилучення майна у власника та його звернення на користь винного чи третіх осіб. Однією з ознак є безеквівалентність вилучення майна, а його розмір (відповідно і наслідки) визначається як різниця між фактичною вартістю предмета злочину та ціною, яка за нього заплачена.

Фактична вартість у сучасних умовах – це середньоринкова з урахуванням кон'юнктури, особливостей предмета, терміновості замовлення, особливих умов поставки тощо.

Тому говорити про ціну «дорожче, ніж можна було», «нормальну ціну» – безпредметно. Порівнювати можна лише порівнювані речі – ідентичні за усіма своїми параметрами. Наявність нижчої ціни у іншого постачальника може вказувати на що завгодно, включаючи відмінності у якості,

---

[1] Примітка наукового редактора. Остання теза є спірною. На відміну, наприклад, від статей 110-2, 115, 146, 148, 167, 218-1, 219, 232, 258-5, 297, 299, 317, 319, 330, 332, 357, 371, 375, 383, 384, 431 КК, у жодній зі статей розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності» корисливий мотив не згадується ні як обов'язкова, ні як факультативна ознака складу злочину. Тому, строго кажучи, немає підстав вважати, що буде відсутній склад, наприклад, крадіжки чужого майна, якщо особа вчинить таку крадіжку, керуючись не корисливим мотивом, а, скажімо, мотивом помсти чи для відволікання уваги. Схоже, що законодавець мав саме такий задум. Тому навіть для застосування до засудженого норми ст. 59 щодо можливості застосування конфіскації майна за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини необхідно довести не лише факт вчинення особою розбою, вимагання, шахрайства тощо, а й те, що відповідний злочин вчинено нею з корисливих мотивів. Власне, і сам автор не заперечує цього, коли пише далі, що «характерний для «розкрадання» корисливий мотив вбачається і тоді, коли учасник колегіального органу діє з почуття солідарності з іншими його учасниками, хоче допомогти збагатитися» іншим.

упаковці, місцезнаходженні, демпінг постачальника. Нерівність цін може вказувати на наявність «розкрадання» лише за певних умов, серед яких:

- відзначена вище тотожність предметів та умов закупівлі і постачання;
- наявність власне ринку (інших постачальників та тотожних товарів, відповідних конкурентних умов);
- протиправне збагачення «розкрадача» внаслідок закупівлі товарів за іншою ціною.

1.1. Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК) *(В. Навроцький)*

Обов'язкові ознаки складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 КК.

Ними є ознаки, які: а) прямо вказані в диспозиції ч. 2 ст. 191 (їх ще називають конституюючими ознаками); б) обов'язковість яких випливає з Загальної частини КК і зміст яких також визначається на підставі положень цієї частини КК або ж виводиться зі змісту інших ознак складу злочину.

Такими ознаками для усіх складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191, є:

1) об'єкт;

2) предмет – чуже майно;

3) діяння. Для кожного із складів злочинів воно різне і може полягати в таких діях щодо чужого майна: а) привласнення; б) розтрата; в) заволодіння;

4) наслідки;

5) причиновий зв'язок між діянням і наслідками;

6) спосіб – зловживання своїм службовим становищем;

7) ознаки суб'єкта, зокрема: а) статус фізичної особи; б) досягнення 16-річного віку (визначено на підставі ч. 2 ст. 22 КК); в) осудність; г) статус службової особи;

8) вина у формі прямого умислу;

9) корисливий мотив.

Об'єкт складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 КК.

У разі вчинення злочину, передбаченого ст. 191, відбувається порушення **двох об'єктів:** 1) обов'язкового основного – відносин власності (заподіюється шкода власнику – він стає біднішим внаслідок вчинення такого роду злочину); 2) обов'язкового додаткового – відносин, які складаються з приводу розподілу матеріальних благ у суспільстві (має місце протиправне збагачення винного або інших осіб за його вибором).

Відсутність порушення обох вказаних об'єктів вказує на те, що відсутній злочин, пов'язаний з незаконним обернення чужого майна на користь окремих осіб – має місце інший злочин або діяння взагалі не є злочинними. Відсутність порушення додаткового обов'язкового об'єкта унеможливлює доведення наявності корисливого мотиву.

Те, що відносини, які виникають у зв'язку з безпідставним протиправним збагаченням, є обов'язковим додатковим об'єктом аналізованих складів злочинів, видно навіть при елементарному аналізі на побутовому рівні. Образно кажучи, внаслідок вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191, власник стає біднішим, а винний (чи за його вибором інша особа) – збагачується.

Про це свідчить характер наслідків аналізованих складів злочинів. Соціальний зміст таких наслідків полягає в порушенні права власності, загальновизнаних засад співіснування в суспільстві: «чужого не бери», «не збагачуйся за рахунок інших». На рівні конкретного злочину такі наслідки втілюються у негативні зміни в зовнішньому світі, доступні встановленню та оцінці. Це заподіяння власнику прямої дійсної матеріальної шкоди у вигляді зменшення загальної маси майна, яким власник може володіти, користуватися, розпоряджатися. Розмір цієї школи відповідає кількості та вартості майна, яке стало предметом привласнення, розтрати чи заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем. Водночас наслідком звернення майна на користь інших осіб (самого винного або за його вибором іншої особи) відбувається збільшення кількості та вартості майна, яке перебуває у їх володінні. Безпідставне і протиправне збагачення завдяки вчиненню злочину, безумовно, є небезпечним наслідком, оскільки підриває сам інститут власності та принципи розподілу матеріальних благ у суспільстві, порушує підстави виникнення цивільних прав, штовхає до паразитизму та вчинення нових злочинів тощо.

Причому ці наслідки (шкода власнику і збагачення винного чи іншої особи) нерозривно пов'язані між собою. Відомо, що майно не виникає нізвідки і не пропадає в нікуди (окрім хіба його знищення). Тому злочини, пов'язані з оберненням майна на користь окремих осіб, неодмінно ведуть до того, що майно переходить зі сфери власності одного суб'єкта до сфери фактичного володіння, користування, розпорядження іншого[1]. Не може бути такої ситуації, щоб настала лише частина вказаних наслідків. Тому обидва вказаних об'єкти є основними – такими, які виражають соціальний і юридичний зміст посягання, та обов'язковими – настають завжди, при вчиненні будь-якого злочину.

Ще одним **обов'язковим додатковим об'єктом злочину**, передбаченого ч. 2 ст. 191, є відповідні відносини у сфері службової діяльності, оскільки цей злочин вчинюються шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Не дуже чітке формулювання, наведене у диспозиції ч. 2 ст. 191, прямо та однозначно не показує, що привласнення та розтрата майна також мають бути поєднані із зловживанням службовим становищем. Однак, встановлення відповідальності за такі ж дії у ч. 1 ст. 191 і вказівка у ч. 2 цієї ж статті на службову особу як суб'єкта злочину та на зловживання службовим становищем як спосіб його вчинення (причому без «прив'язки» цих ознак до діяння у вигляді заволодіння чужим майном), дають більш ніж достатні підстави стверджувати, що всі види посягань, передбачених ч. 2 ст. 191, пов'язані з посяганням на вказаний об'єкт злочину. Відповідно, він є обов'язковим об'єктом, порушення якого слід доводити при притягненні до відповідальності за ч. 2 ст. 191.

На жаль, у правозастосовній практиці частими є ситуації, коли в матеріалах кримінального провадження акцентується увага лише на заподіяння шкоди одному з вказаних основних обов'язкових об'єктів злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191, а саме – факту вилучення майна у власника, відчуження майна, закріпленого за юридичною особою, або ж навіть відсутності майна на підприємстві, установі, організації, де підозрюваний займав певну посаду. Проте, ці наслідки можуть бути результатом звичайної правомірної господарсько-фінансової діяльності без будь-яких порушень або неправильного обліку руху матеріальних цінностей, або дій, спрямованих на доведення до банкрутства, або зловживання службовим становищем, не пов'язаного із заволодінням майном, тощо.

> *В одному з кримінальних проваджень, яке зараз розглядається судом, 42 слідчих та 6 прокурорів у результаті багатомісячної діяльності з'ясовували, скільки надлишкового вугілля опинилося на збагачувальній фабриці завдяки махінаціям з визначенням його вологості та рівня зольності при передачі та прийманні цього вугілля з шахт на збагачувальну фабрику, та інкримінували ряду працівників вчинення злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191. При цьому вони не визначили, що ж стало предметом посягання (необроблене вугілля, збагачене вугілля, кошти та у якій формі), не встановили, чи відбулося заволодіння відповідним предметом та яким саме чином, і хто, власне, протиправно збагатився внаслідок цих діянь тощо[2].*

За таких обставин перспективи обвинувального вироку вкрай сумнівні. Притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне обернення чужого майна на свою користь чи користь інших осіб («розкрадання») за умови не доведення звернення майна на користь окремих осіб, їх протиправного та безпідставного збагачення, заподіяння шкоди всім обов'язковим об'єктам злочину, який інкримінується, є необгрунтованим. Тому предметом доказування у кримінальних провадженнях за ч. 2 ст. 191 є заподіяння шкоди усім трьом згаданим вище безпосереднім обов'язковим об'єктам.

Щодо «розкрадання на користь третіх осіб».

У теорії кримінального права і правозастосовній практиці віддавна існує поняття «розкрадання на користь третіх осіб», яке використовується для тих ситуацій, коли відбувається вилучення чужого

---

[1] При цьому винний не стає власником такого майна. Тому категорично не можна погодитися з непоодинокими формулюваннями, які зустрічаються у кримінальних провадженнях, на кшталт «звернув у свою власність», «набув власність на майно» тощо. Навіть користування і розпорядження майном, яким внаслідок посягання заволодів винний, переважно вкрай обмежене (особливо, якщо на таке майно потрібно мати документи, які підтверджують відповідні повноваження, наприклад, свідоцтво про реєстрацію транспортного засобу, свідоцтво про право власності на об'єкт нерухомості).

Особа, яка злочинним шляхом набула майно (у т.ч. шляхом «розкрадання») не стає його власником, не набуває усіх повноважень власника по володінню, користуванню розпорядженню цим майном, хоча й фактично може реалізувати окремі з цих повноважень і, навіть, всі з вказаних. Проте дії щодо викраденого майна є юридично нікчемними – не породжують правових наслідків.

У наведеній ситуації з нежитловою будівлею службова особа не стає юридичним власником – вона лише незаконний володілець цього майна. Прикриття процедури підробними документами, безпідставними змінами у реєстрах тощо не породжує права власності у того, хто здійснив «розкрадання» чи отримав викрадене майно від винного. На цьому базується віндикація.

[2] Кримінальне провадження №12015050500000259, внесене до ЄРДР 15.02.2016.

майна (здебільшого – належного юридичним особам чи державі в цілому, територіальним громадам) та його обернення на користь не самого винного, а третьої особи (третіх осіб). Тобто, суб'єкт злочину досягає протиправного та безпідставного збагачення не для себе особисто, а для інших осіб, вчинює злочин в їхніх інтересах. Типовими випадками таких посягань є:

- прийняття особи на роботу та виплата їй заробітної плати за умови, коли робота взагалі не виконується, або заробітна плата виплачується у більшому розмірі, ніж належить з урахуванням інтенсивності праці та кваліфікації працівника;
- безпідставна виплата надбавок до заробітної плати, премій чи інших виплат;
- оплата на підставі цивільно-правового договору робіт, послуг, які не виконувалися чи виконувалися або надавалися частково, або оплата у розмірі, який не відповідає обсягу та складності, терміновості, ризиковості, іншим характеристикам робіт чи послуг;
- оплата товарів за ціною, яка перевищує їх дійсну вартість чи кількість. Зокрема, надання переваги при застосуванні тендерних процедур певному учаснику торгів та оплата запропонованих ним товарів (послуг)[1];
- передача чужого майна (товарів, належних потерпілому) іншим особам без оплати (заправляння автотранспорту пальним, надання палива, харчування в їдальні, друкування текстів з використанням чужого паперу та фарби);
- надання згоди на придбання чужого майна за заниженими цінами, зокрема, під час приватизації державного майна;
- видача кредитів, передача майна у користування за обставин, які достовірно свідчать про відсутність у кредитора, позичальника наміру повертати кошти чи майно;
- «виведення» активів з юридичної особи напередодні встановлення над її майном зовнішнього контролю (призначення арбітражного керуючого, уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, запровадження тимчасової адміністрації банку);
- оплата за рахунок державного чи місцевого бюджету товарів чи робіт на користь окремих юридичних осіб (скажімо, підведення комунікацій до приватної садиби);
- погашення боргів юридичних осіб приватного права за рахунок державного чи місцевих бюджетів (зокрема, тих, які виникли за рахунок безоплатного споживання газу, енергії, води);
- покриття збитків юридичних осіб приватного права за рахунок бюджетних коштів. Зокрема, так зване рефінансування недержавних банків з боку Національного банку, коли однозначним є «односторонній», без жодних шансів на повернення, рух коштів.

Перелік прикладів можна продовжувати.

Поняття **третьої особи**, на користь якої здійснюється розкрадання, пройшло певну трансформацію по мірі розвитку як відповідних суспільних відносин, так і самого кримінального права. Протягом радянського періоду існував розширений підхід до визначення кола осіб, на користь яких могло вчинюватися таке посягання – фактично ним визнавалися будь-які особи, у т.ч. сторонні для службової особи, яка притягалася до відповідальності за розкрадання. Це, наприклад, працівники, які виконували роботи за договором підряду, де розмір оплати був визначений вищим, ніж передбачався встановленими ставками оплати, тарифами на виконання певних видів робіт тощо. Водночас, практика твердо стояла на позиції, що вилучення майна в одного державного підприємства з метою використання його на іншому державному ж підприємстві не становило розкрадання. Для цього були певні підстави – адже внаслідок такого «переміщення» майна не змінювалася форма власності, воно продовжувало зоставатися державним.

Згодом, в другій половині 80-х років минулого століття поняття третьої особи, на користь якої здійснювалося вилучення майна, почало тлумачитися більш вузько. Зокрема, понаднормова оплата праці третім особам, з якими винний не був пов'язаний жодними стосунками, крім службових, вже не кваліфікувалася як розкрадання на користь третіх осіб. З'явилися показові приклади відмови у порушенні кримінальних справ чи закриття вже порушених, якщо державні чи громадські кошти, інше майно передавалися з благодійною метою – до Фонду миру, на лікування, для підтримки сиріт чи ветеранів війни тощо. До третіх осіб, на користь яких могло здійснюватися розкрадання, стали відносити лише родичів, близьких знайомих, інших осіб, з якими винного поєднували особисті

[1] Однозначно, що про «розкрадання» в таких випадках може йтися лише тоді, коли за товари чи послуги заплачена сума, яка не відповідає їх дійсний вартості. Сама по собі закупівля за цінами, які перевищують запропоновані іншими учасниками торгів, ще не вказує на наявність відповідного злочину. Адже такі ціни можуть бути еквівалентом товарів вищої якості.

відносини, у благополуччі яких він особисто був зацікавлений. Передачу майна, вилученого у державних чи громадських підприємств, установ, організацій, почали кваліфікувати як розкрадання тоді, коли це мало місце в інтересах юридичних осіб інших форм власності – кооперативів, господарських товариств, колективних підприємств.

Зараз такий підхід, загалом, зберігається.

Важливим при цьому є з'ясування того, у чому полягає корисливий інтерес самого винного при незаконному оберненні майна на користь третіх осіб. Без доведення існування такої ознаки (користі, бажання збагатитися за рахунок чужого майна) неможливо встановити наявність корисливого мотиву, який, і це загальновизнано, є обов'язковою ознакою складу аналізованих злочинів.

Отже, на наявність користі при вчиненні «розкрадання на користь третіх осіб» зазвичай вказує:

а) наявність близьких стосунків з фізичними особами, яким передається вилучене чуже майно. При цьому винний внаслідок передавання майна може: уникати власних витрат на матеріальну підтримку таких осіб (дітей, батьків, інших родичів, утриманців); отримувати вигоду від спільного використання майна (під час відпочинку, подорожі, реалізації хобі); розраховувати на отримання в майбутньому віддяки за передане майно (передача йому іншого майна чи цінностей, надання послуг);

б) певний зв'язок з юридичною особою, якій передається майно. З цього зв'язку випливає, що винний отримає зиск внаслідок, зокрема: збереження ним існуючої заробітної плати, інших доходів, отримуваних від такої юридичної особи; збільшення виплат, премій, інших доходів винного; зростання вартості майна, співвласником якого є винний; отримання ним дивідендів чи іншої частки в прибутку юридичної особи; отримання ним оплати за передане майно.

Треті особи, які приймають чуже майно, усвідомлюючи обставини, за яких воно вилучене у власника та передається їм, повинні нести відповідальність за ст. 198, а в деяких випадках – за ст. 209.

Також при здійсненні «розкрадання на користь третіх осіб», яке пов'язане з «оплатою» винному – службовій особі – в тій чи іншій формі за передачу майна, виникають **питання** (їх буде розглянуто згодом, при характеристиці складів відповідних злочинів):

- чи не становить така оплата «хабарництво» – злочини, передбачені статтями 368, 369, або ж
- чи не має місце поділ предмету злочину, вчиненого за попереднім зговором групою осіб?

Предмет злочину – ***чуже майно***, яке вже перебуває у фондах держави, суб'єкта права колективної чи приватної власності. Якщо відбулося заволодіння майном, яке ще не перебуває у чужій власності, а лише має туди надійти, то має місце не злочин, передбачений ст. 191, а заподіяння майнової шкоди (ст. 192), привласнення знайденого (ст. 193) або зловживання службовим становищем (ст. 364) тощо.

У диспозиції ч. 2 ст. 191 про предмет посягання сказано лише, що ним є «чуже майно». Поняття майна, його ознаки (фізична, соціальна, юридична) достатньо описані в літературі, і труднощів у тлумаченні, помилок у правозастосуванні не викликають. Так само не становить проблеми встановлення того, що майно є чужим для винного, тобто, що він не має ані дійсного, ані гаданого права на майно, щодо якого здійснюється привласнення, розтрата або заволодіння шляхом зловживання службовим становищем. Загалом, не викликає сумнівів і те, що майно юридичної особи відокремлене від майна її учасників. Тому для фізичних осіб – членів господарських товариств, інших суб'єктів права колективної власності таке майно у кримінально-правовому сенсі є чужим і може виступати предметом відповідних злочинів.

Однак, з порівняння ч. 1 та ч. 2 цієї статті КК випливає, що такий предмет має характеризуватися ще й додатковими ознаками.

Принаймні, **привласнення або розтрата** здійснюються, як вказано у КК, щодо майна, яке ввірене особі чи перебуває у її віданні, тобто щодо якого вона володіє спеціальними повноваженнями. Поняття майна, ввіреного чи переданого у відання, свого часу було розкрите у постановах пленумів вищих судів (ці постанови формально скасовані, але фактично відповідні роз'яснення зберегли своє значення, оскільки виражають позицію і доктрини кримінального права, і правозастосовної практики). Вони зводяться до того, що ***ввіреним чи переданим у відання*** вважається майно, яке особа правомірно отримала для використання в інтересах власника майна на підставі відповідних документів, у яких визначені кількісні та якісні характеристики майна, його вартість, повноваження особи щодо такого майна. Те, що майно ввірене чи передане у відання означає, що фактично воно перебуває під контролем цієї особи, вона володіє майном. Ввірене чи передане у відання майно може бути у натурально-речовій формі відокремлене від іншого майна власника, перебувати «на руках», у домоволодінні, в транспортному засобі особи, яка наділена повноваженнями щодо майна. Тому для

привласнення чи розтрати немає потреби вилучати майно шляхом відокремлення від іншого чужого майна та фізично переміщувати у «сферу власності» винного – він і так ним може володіти – ще до вчинення «розкрадання». Вказані особливості діяння при вчиненні аналізованих злочинів обумовлені саме специфікою предмета привласнення чи розтрати.

У ч. 2 ст. 191 передбачена відповідальність за **привласнення чи розтрату, вчинені службовою особою**. Звідси випливає низка висновків, зокрема те, що винний:

- отримує майно саме як службова особа підприємства, установи, організації, якій належить майно;

- наділений адміністративно-господарськими функціями та має повноваження щодо господарського відання, оперативного управління майном, розпорядження ним тощо;

- має право на законних підставах, діючи в інтересах служби, визначати «юридичну долю» майна, тобто приймати рішення про його передачу іншим фізичним чи юридичним особам у тимчасове користування, а також відчужувати майно, зокрема визначати ціну та інші умови його реалізації.

Таким чином, визначення предмета привласнення і розтрати, передбачених ч. 2 ст. 191, нерозривно пов'язане зі встановленням статусу суб'єкта злочину. Відсутність же того, що майно було ввірене чи передане у відання службовій особі, вказує, що має місце не аналізований злочин, а інше посягання – скоріш за все крадіжка, шахрайство, «просте» (передбачене ч. 1 ст. 191) привласнення чи розтрата.

Що ж до заволодіння майном, то у КК немає прямої вказівки, що винний повинен бути наділений спеціальними службовими повноваженнями відносно майна, яке звертається на його користь чи користь інших осіб. Однак, це випливає з іншої вказівки – що посягання здійснюється шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Службове зловживання – це завжди вчинення тих дій, які винний в принципі може вчиняти, виходячи зі свого статусу, наявних повноважень. Вчиняти відповідні дії особа може лише щодо майна, на яке поширюється її компетенція. А це може бути лише те майно, щодо якого службовець наділений повноваженнями, яке перебуває у сфері його відання. Звідси випливає:

- предмет доказування у кримінальних провадженнях за ч. 2 ст. 191 включає встановлення повноважень службової особи щодо майна, яке звертається на користь винного чи інших осіб шляхом привласнення, розтрати чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем;

- посягання щодо *майна, яке не перебуває у сфері службового відання*, не охоплюється ч. 2 ст. 191, а становить інші злочини[1];

- посягання щодо майна, яке *перебуває у віданні інших службових осіб*, з використанням свого посадового статусу, авторитету посади повинно кваліфікуватися як підбурювання цих осіб до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191.

Виходячи з того, що діянням заподіюється шкода власнику майна, обов'язковою ознакою цього злочину є **потерпілий**. Ним може бути фізична або юридична особа.

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона включає **дві обов'язкових дії:** 1) вилучення майна з володіння власника чи уповноваженої ним особи (до цього прирівнюється і вилучення майна від особи, яка незаконно володіє чужим майном, так зване «викрадення викраденого»); 2) обернення майна на свою користь чи користь інших осіб. Вчинення лише однієї з названих дій вказує на відсутність порушення об'єкта, а можливо, і корисливого мотиву. Також це означає, що відсутнє діяння, передбачене ст. 191, в повному обсязі. Загалом – це означає відсутність ознак складу злочину, передбаченого ст. 191.

Дії по вилученню майна та оберненню його на користь свою чи інших осіб характеризуються **протиправністю.** Відсутність протиправності (тобто, констатація правомірності) вилучення майна означає, що не порушено обов'язковий основний та обов'язковий додатковий об'єкт вказаних злочинів, вилучення майна не становить діяння, передбаченого ст. 191, і відсутній корисливий мотив.

Має місце також **безоплатність** вилучення майна та його обернення на користь свою чи інших осіб. Якщо майно вилучається оплатно (з наданням еквіваленту у вигляді іншого майна, коштів, проведення робіт чи надання послуг), то не настають наслідки у вигляді майнової шкоди (збіднiння) власника майна та збагачення інших осіб.

Стаття 191 складається з п'яти частин. У частинах 1 та 2 передбачені різні основні (прості,

---

[1] Гіпотетичні приклади: заволодіння слідчим майном під час обшуку становитиме крадіжку, грабіж чи шахрайство. Заволодіння ж майном, яке раніше було вилучене під час обшуку, – це вже злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК.

вчинені без кваліфікуючих ознак) склади злочинів. Вони відрізняються між собою за предметом, діянням та суб'єктом. У ч. 2 ст. 191 передбачено **три основних склади злочину:**

1) привласнення чужого майна, ввіреного службовій особі або переданого їй у відання, вчинене такою особою шляхом зловживання своїм службовим становищем;

2) розтрата чужого майна, ввіреного службовій особі або переданого їй у відання, вчинене такою особою шляхом зловживання своїм службовим становищем;

3) заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Законодавець, встановлюючи у примітці до ст. 45 КК перелік корупційних злочинів, прямо не вказав, якою частиною (частинами) ст. 191 передбачено посягання, яке становить собою корупційний злочин, проте зауважив, що злочини вважаються корупційними у разі вчинення їх шляхом зловживання службовим становищем. З цього випливає, що корупційним є лише злочин, передбачений ч. 2 ст. 191, – привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, або частинами 3, 4, 5 цієї статті КК, якщо наявні кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки щодо вказаних посягань, пов'язаних зі службовим зловживаннями.

У свою чергу, в ч. 2 ст. 191 вказується, що протиправні дії щодо чужого майна можуть бути вчинені трьома різними **діями щодо чужого майна**. Це: розтрата; привласнення; заволодіння шляхом зловживання службовою особою шляхом зловживання службовим становищем. При цьому з порівняння диспозицій ч. 1 та ч. 2 ст. 191 та аналізу диспозиції ч. 2 ст. 191 випливає, що: а) предметом привласнення та розтрати, передбачених ч. 2 ст. 191, є не будь-яке чуже майно, а лише те, яке було ввірене особі або було передано їй у відання; б) всі діяння, названі у диспозиції ч. 2 ст. 191, вчинюються шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Звідси випливає, що у ч. 2 ст. 191 встановлена відповідальність за **три основних склади злочинів**, які фактично (абстрагуючись від неповноти описання в законі, викликаному недоліками законодавчої техніки), описуються так:

1) привласнення чужого майна, ввіреного службовій особі або переданого їй у відання, вчинене такою особою шляхом зловживання своїм службовим становищем;

2) розтрата чужого майна, ввіреного службовій особі або переданого у її відання, вчинена такою особою шляхом зловживання своїм службовим становищем;

3) заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Терміни «привласнення», «розтрата», «заволодіння» позначають не лише діяння, а й їхні наслідки, невіддільні від таких діянь. Чуже майно як предмет, щодо якого здійснюється заволодіння шляхом службового зловживання, також характеризується додатковими ознаками, що випливають зі статусу службової особи, яка здійснює таке посягання.

Правозастосовні органи в конкретних кримінальних провадженнях за підозрою у вчиненні злочину, передбаченого ст. 191, повинні встановлювати, який саме зі складів злочинів має місце, та доводити наявність кожної з обов'язкових ознак відповідного складу. Неприйнятним є загальне посилання на ч. 2 ст. 191 без виділення того, який саме вид злочину має місце. Такі неконкретизовані підозри та звинувачення зазвичай не знаходять свого підтвердження в суді.

Діяння у складах злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 КК.

Діяння при вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191, як і будь-яких інших злочинів, що відносяться до групи «розкрадань», полягають у вилученні майна від власника та зверненні його на користь інших осіб. Всі склади злочинів, передбачені вказаною статтею КК, виконуються лише шляхом активної поведінки – дії.

Вказаний двоактний (двоскладовий) характер дії при вчиненні цих злочинів відображає їх внутрішній зміст, юридичну природу і специфіку та має відповідні зовнішні прояви. Залежно ж від форми дій виділяють три їх види – привласнення, розтрата і заволодіння.

У теорії кримінального права та на практиці усталеними є положення про те, що:

1) *привласнення* полягає у зверненні на свою користь чи користь інших осіб майна, яке перебуває у правомірному володінні винного, будучи ввіреним йому чи переданим у його відання. При цьому майно зберігає своє існування у натурально-речовій формі;

2) *розтрата* – витрачання майна, яке полягає у його споживанні (продукти – з'їдені, пальне –

спалене, гроші – використані для оплати за інші товари чи послуги) самим винним чи за його волею – іншими особами. Предмет злочину – чуже майно припиняє існувати у попередній натурально-речовій формі. Також до розтрати відносять передачу майна іншим особам, коли майно існує у попередній формі, але вибуває зі сфери власності потерпілого;

3) *заволодіння* – це дії щодо чужого майна, яке не перебуває у фактичному володінні винного до моменту вчинення злочину (оскільки не було ні ввірене, ні передане у відання[1]), але яке вилучається з чужого законного володіння та обертається на користь окремих осіб.

По суті, розмежування між привласненням та розтратою, з одного боку, та заволодінням, з іншого боку, проводиться з урахуванням статусу предмета, який на момент вчинення злочину перебував (щодо перших двох дій) або не перебував (щодо заволодіння) у фактичному володінні винного.

Вказаний підхід, не зважаючи на його поширеність, видається принаймні неточним. Він наштовхує на думку, що злочин, передбачений ст. 191, може полягати у неповерненні майна на вимогу власника, його утримування особою, що фактично володіла ввіреним або переданим у відання майном. На практиці непоодинокими є випадки, коли за результатами ревізії, аудиту, звірки майна виявляється його відсутність у підзвітної особи, наслідком чого є відкриття кримінального провадження. Саме по собі відкриття провадження у таких випадках цілком допустиме – у його ході якраз і потрібно з'ясувати причини відсутності майна та його долю. Однак висунення звинувачення у вчиненні злочину, передбаченого ст. 191, можливе лише в разі встановлення факту розкрадання – вилучення чужого майна від власника та його звернення на користь окремих осіб. Притягнення ж до відповідальності лише за сам факт *відсутності* майна можливе хіба що за звинуваченням у службовій недбалості (ст. 367).

Насправді ж, привласнення та розтрата також характеризуються тим, що відбувається вилучення чужого майна з володіння власника чи уповноваженого ним органу. Специфіка вказаних злочинних дій полягає у тому, як саме відбувається вилучення, та моментом, коли має місце така дія.

Привласнення характеризується тим, що посягання здійснюється щодо майна, яким винний володіє правомірно, отримавши його у відання чи як ввірене. Тому вилучати майно в класичному розумінні для його привласнення немає потреби – відповідна службова особа і так ним володіє (зокрема, має право оперативно-господарського розпорядження майном, включаючи і визначення його юридичної долі). Відомо, що найпоширенішим предметом аналізованих посягань є грошові кошти, які знаходяться на рахунках держави, органів місцевого самоврядування або окремих юридичних осіб, а саме привласнення полягає у відданні розпоряджень про перерахування коштів на рахунки інших фізичних чи юридичних осіб. Привласнення у таких ситуаціях можна констатувати лише тоді, коли відбулося зняття коштів з рахунків потерпілого без належних на те підстав та їх зарахування на рахунок, який контролює винний.

Розтрата, як і привласнення, здійснюється щодо майна, яке вже перебуває у віданні чи ввірене винному. Як і при привласненні, немає потреби таке майно вилучати для передачі іншим особам. Моментом же власне розтрати є: а) використання майна – втрата ним наявної до посягання мінової чи споживчої цінності; б) звернення чужого майна на користь інших осіб – найпоширенішими способами цього є передача їм цінностей, здійснення платіжних операцій по списанню коштів з рахунку потерпілого та зарахування їх на рахунок третьої особи, вчинення дій по видачі готівки тощо.

Заволодіння майном, на противагу привласненню чи розтраті, передбачає вчинення дій щодо чужого майна, яке фізично не відокремлене від майна власника, не передане у фактичне володіння винного. Відтак, при заволодінні злочинна дія передбачає:

а) вилучення чужого майна з володіння власника чи уповноваженого ним органу. Ця дія виконується шляхом різноманітних операцій, які полягають у вивезенні, винесенні майна, платіжних операціях по переведенню коштів на інший рахунок тощо. Загалом, це дії, які аналогічні тим, які вчинюються при здійсненні крадіжки, грабежу, шахрайства, але їх специфіка визначається тим, що для їх вчинення особа використовує свої службові повноваження (наприклад, дає вказівку підлеглому

---

[1] Чи можливою є ситуація, коли майно не перебуває у володінні, але перебуває у сфері службового відання особи? Така ситуація цілком можлива, коли майно перебуває у володінні підлеглої службової чи неслужбової особи (передане їй «під звіт» з обмеженими повноваженнями, які, зазвичай, не стосуються права розпорядження майном – його передачі іншим особам, а тим більше, відчуження), а правом розпорядження цим же майном – відання таким майном, наділена службова особа, яка і вчиняє «розкрадання». Загалом всі більш-менш великі керівники не мають чужого майна у своєму володінні – воно ввіряється чи передається у відання підлеглим працівникам, так званим матеріально-відповідальним особам.

перевезти будівельні матеріали в певне місце, здійснити переказ коштів на певний рахунок, приймає рішення про здійснення оплати, яке буде виконане бухгалтером, тощо);

б) звернення чужого майна на свою користь – прийняття його з метою використання як свого власного. Такі дії полягають у включенні чужого майна до сфери свого володіння. Причому для їх виконання зовсім не обов'язковим є використання службових повноважень (наприклад, визначення місця на власному подвір'ї, куди має бути вивантажене майно, прийняття готівкових коштів тощо).

Зловживання службовим становищем як спосіб привласнення, розтрати і заволодіння чужим майном.

Всі діяння, передбачені ч. 2 ст. 191 (не лише заволодіння), вчинюються шляхом зловживання службовим становищем. При визначенні того, що саме визнавати зловживанням службовою особою своїм службовим становищем, слід мати на увазі таке:

- за своєю конструкцією склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191, становить поєднання[1] складів злочинів, передбачених ч. 1 цієї статті та (у частині, яка стосується зловживання службовим становищем) ст. 364;

- притягнення до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 191 вимагає доведення ще й ознак складу злочину, передбаченого ст. 364 (крім наслідків – у випадку привласнення, розтрати чи заволодіння чужим майном потрібно доводити наявність не істотної шкоди чи тяжких наслідків, зміст яких визначений у пунктах 3, 4 примітки до ст. 364, а наслідків відповідних форм «розкрадання»);

- спосіб привласнення, розтрати чи заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем в цілому ідентичний зловживанню, передбаченому ст. 364. Задля уникнення повторів у тексті тут вони детально не аналізуються, а будуть розкриті при характеристиці злочину, передбаченого ст. 364. Тут же буде звернена увага на особливості службового зловживання щодо злочину, яке охоплюється ч. 2 ст. 191;

- зловживання службовим становищем, яке здійснюється під час привласнення, розтрати чи заволодіння чужим майном, характеризується тим, що службова особа діє в межах своїх повноважень, вчинює щодо майна ті діяння, які вона в принципі вправі вчиняти, діючи в інтересах служби. В абзаці 1 п. 5 постанові ПВС №15 від 26.12.2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» підкреслено, що для службового зловживання характерним є те, що службова особа незаконно, всупереч інтересам служби, використовує надані їй законом повноваження.

Важливо звернути увагу на те, **під час реалізації яких саме повноважень** службової особи (владних, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських) можуть бути вчинені злочини, передбачені ч. 2 ст. 191. При цьому слід мати на увазі таке:

- дії щодо майна охоплюються поняттям виконання адміністративно-господарських функцій. У абзаці 4 п. 1 постанови ПВС №5 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» відзначено, що вони полягають у виконанні обов'язків по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном;

- заволодіння чужим майном, здійснене завдяки реалізації владних повноважень, не може оцінюватися як здійснене шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Адже владні повноваження, як вказано в абзаці 2 п. 1 вказаної постанови ПВС, полягають у реалізації права в межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами, незалежно від їх відомчої належності або компетенції. Проте, до компетенції представників влади не входить розпорядження чужим майном, тим більше поза межами компетенції перебуває звернення майна на свою чи інших осіб користь. До того ж законодавець розрізняє поняття «зловживання владою» та «зловживання службовим становищем»[2], про що свідчать назви і диспозиції статей 364 та 365. А у ч. 2 ст. 191 йдеться лише про дії, вчинені шляхом зловживання *службовим становищем*. Звідси випливає, що вилучення представником влади чужого майна шляхом зловживання владою та звернення його на свою чи інших осіб користь слід

---

[1] *Примітка наукового редактора.* З урахуванням чинної редакції статті 364 КК, зокрема в частині зловживання владою та наслідків як обов'язкової ознаки передбачених нею злочинів, про таке поєднання можна говорити лише умовно. В наступних абзацах автор робить необхідне уточнення.

[2] Зловживати владою може лише представник влади, а владні повноваження відрізняються від організаційно-розпорядчих своєю спрямованістю назовні, на фізичних та/або юридичних осіб, які не є підлеглими.

кваліфікувати як крадіжку, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство – залежно від способу посягання на власність;

- повноваження, якими наділена службова особа у зв'язку з реалізацією організаційно-розпорядчих функцій, також не можуть бути безпосередньо використані для здійснення привласнення, розтрати чи заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Адже такі повноваження – по здійсненню керівництвом певною галуззю, колективом, окремими працівниками – не включають можливості щодо управління або розпорядження чужим майном. Законодавець не випадково розділяє їх при визначенні поняття службової особи. До того ж, у ч. 2 ст. 191 підкреслено, що відповідні посягання виконуються завдяки зловживанню *своїм* службовим становищем. Це означає, що суб'єкт злочину повинен використовувати свій власний службовий статус, свої власні повноваження для вилучення майна з чужого володіння та звернення його на свою користь чи користь інших осіб. А ці повноваження службової особи, наділеної організаційно-розпорядчими повноваженнями, не охоплюють розпорядження чужим майном.

Якщо ж службова особа зловживає своїми організаційно-розпорядчими повноваженнями для впливу на підлеглих осіб – тих, яким майно ввірене чи передане у відання або ж які наділені адміністративно-господарськими повноваженнями щодо майна, або які взагалі не є службовими особами (дає вказівку комірнику передати майно сторонній особі, дає розпорядження бухгалтеру перерахувати кошти, наказує сторожу залишити свій пост тощо), то скоєне, залежно від конкретних обставин, слід оцінювати не як виконання злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191, а, зокрема, як:

- підбурювання до злочину, виконавцем якого є особа, наділена адміністративно-господарськими повноваженнями;

- пособництво у злочині, передбаченому ст. 191;

- посереднє виконання (якщо службова особа, наділена адміністративно-господарськими повноваженнями, не усвідомлювала протиправний характер отриманої вказівки);

- зловживання владою або службовим становищем в сукупності з іншим злочином проти власності.

Можливі ще й ситуації, коли службова особа для вилучення майна з чужого володіння та звернення його на свою користь чи користь інших осіб одночасно зловживає кількома функціями. Класичний приклад – видання владного акта, яким здійснюються видатки з бюджету на користь юридичних осіб приватного права (наприклад, прийняття закону про погашення за рахунок бюджету боргів недержавного підприємства). Притягнення до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 191 при цьому можливе, коли має місце використання, поряд з іншими, адміністративно-господарських повноважень.

Отже, **привласнення, розтрата чи заволодіння майном, які охоплюються ч. 2 ст. 191, – це зловживання повноваженнями, які випливають саме з адміністративно-господарської функції**[1]**.**

На наявність зловживання зазвичай вказує:

- протиправність вчинюваних щодо чужого майна дій – пряма законодавча чи визначена іншими нормативно-правовим актом заборона вчинення певних дій щодо майна;

- вчинення дій проти волі власника чи уповноваженого ним органу;

- явна невідповідність вчинюваних дій щодо майна звичайній господарській та управлінській практиці поводження з майном;

- прагнення отримати користь у розмірі, який не відповідає кількості та складності праці;

- вчинення щодо майна діяння, яке вигідне не власнику, а іншим особам, насамперед, самому винному;

- заподіяння шкоди власнику.

---

[1] Категорично не можна погодитися з міркуваннями, викладеними у постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ у справі №5-48кс13 від 23 січня 2014 р., що розтрата може полягати у витрачанні чужого майна з використанням всупереч інтересам служби не лише адміністративно-господарських повноважень, а й влади, організаційно-розпорядчих функцій. Адже ці положення ігнорують те, що в КК послідовно розмежовується зловживання владою і зловживання службовим становищем, а в ч. 2 ст. 191 КК йдеться саме (і лише!) про зловживання службовим становищем. Також вкрай неконкретним є й висловлена там теза, що «ці дії можуть вчинятися винною службовою особою в тому числі шляхом надання вказівки підлеглій особі здійснити видачу чи передачу майна третій особі». Дійсно, можуть. Але при цьому вони зовсім не обов'язково охоплюються ч. 2 ст. 191 КК, про що вказано вище.

Саме ж зловживання може полягати у різноманітних актах поведінки (діях чи бездіяльності[1]). Це, зокрема:

- підготовка та підписання наказів, розпоряджень, відповідно до яких змінюється юридичний статус майна;
- усні вказівки щодо передачі, переміщення, інших дій щодо майна;
- особисте вилучення майна;
- надання дозволу чи доступу до майна особам, які його вилучають, діючи в інтересах винного.

Переважно зловживання службовим становищем стосується тієї частини посягання, яке полягає у вилученні майна з володіння власника чи уповноваженої ним особи. При зверненні майна на свою користь чи користь інших осіб (привласненні) зазвичай не виникає потреби у використанні службових повноважень, особливого статусу щодо майна, яке є предметом злочину.

Чи є можливим зловживання при розкраданні чужого майна шляхом перевищення службових повноважень (наприклад, директор підприємства підписав акт без згоди правління)?

Так. Зловживання службовим становищем щодо ст. 191 охоплює дії як в межах компетенції, так і з виходом за них (перевищення повноважень)[2].

Вчинення службовою особою діяння у межах своєї компетенції або поза межами компетенції є ключовою ознакою для розмежування злочинів, передбачених ст. 364 та ст. 365. Для перевищення влади або службовим повноважень характерним є явний вихід за межі наданих повноважень. Однак, вказане стосується лише зловживання/перевищення, які допускаються працівниками правоохоронних органів, оскільки їхня відповідальність за вказані діяння диференційована у ст. 364 та ст. 365. Для усіх інших представників влади та службових осіб (які не є працівниками правоохоронних органів) поняття службового зловживання охоплює дії, вчинені як в межах компетенції, так і з виходом за них. Зміни у КК, внесені Законом №46-VII від 21.02.2014 р., яким ст. 365 викладена у новій редакції (нею встановлена відповідальність лише працівників правоохоронних органів), не означали декриміналізацію відповідних діянь усіх інших публічних службових осіб. Наслідком таких змін стало те, що відповідні дії службових осіб, які полягають у виході за межі наданих повноважень (вчинення дій поза компетенцією), стали охоплюватися ст. 364, оскільки:

- у загальновизнаному розумінні поняття «зловживання» охоплює собою будь-яку шкідливу, заборонену поведінку – яка полягає як в діях, що загалом дозволені (їх можна вчиняти, вони перебувають у межах повноважень), але стають злом з урахуванням цілей такої поведінки, так і в діях, що виходять за межі компетенції[3];
- у попередній редакції, яка діяла до набрання чинності Законом №46-VII від 21.02.2014 р., ст. 364 передбачала загальну норму, а ст. 365 – спеціальну. Тому зміни у спеціальній нормі – виключення з неї посягань, які полягали у перевищенні влади не представниками влади, означає, що вказані діяння стали охоплюватися загальною нормою, передбаченою ст. 364;
- позиція, згідно з якою зміни у ст. 365 означали декриміналізацію перевищення влади усіма представниками влади та публічними службовими особами (крім працівників правоохоронних органів), є абсурдною. Адже перевищення влади чи службових повноважень є набагато тяжчим посяганням, ніж зловживання ними (про що свідчить співставлення санкцій ст. 364 та ст. 365 і в попередній, і в чинній редакціях). Немає жодних аргументів на користь того, що відповідальність за менш тяжке посягання збережена, а за більш тяжке – виключена. Презумпція раціональності дій законодавця скеровує до єдиного висновку: з 2014 р. в Україні скасована диференціація

---

[1] Зроблений вище висновок, що злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК, може бути вчинений лише шляхом активної поведінки, стосується лише дії – вилучити чуже майно та звернути його на користь окремих осіб дійсно можна лише завдяки активним тіло рухам, операціям того. Спосіб же – зловживання службовим становищем – може полягати і у невиконанні діяння, яке особа може та повинна виконати за своїм службовим становищем.

[2] Традиційна позиція полягає у тому, що зловживання службовим становищем – це вчинення дій, які охоплюються колом повноважень службової особи. Її притримувався і викладав у своїх публікаціях і автор (Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: ВД «Дакор», 2017. – С. 205-205. Автор підрозділу 2.1.3. – В.Навроцький). Зміни у КК, внесені згідно із Законом №46-VII від 21 лютого 2014 р., яким ст. 365 КК викладена у новій редакції, вимагають уточнення цієї позиції, що і зроблено у цій книзі: потрібно виходити з того, що для службових осіб, які не є працівниками правоохоронного органу, ст. 364 КК охоплює дії як в межах компетенції, так і з виходом за них.

[3] Кримінальні закони більшості зарубіжних держав взагалі не розрізняють поняття «перевищення» повноважень та «зловживання» ними – всі дії особи, які вона виконує використовуючи свій особливий статус, охоплюються однією кримінально-правовою нормою. До речі, в КК Польщі відповідне посягання називається «nadużycie».

відповідальності за службові зловживання та перевищення щодо *не*-працівників правоохоронних органів, проте кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень таких осіб збережена, вона настає за ст. 364;

- всі інші статті КК, які передбачають відповідальність за посягання, що вчинюються особами, які наділені спеціальними повноваженнями, охоплюють як дії в межах компетенції (на вчинення яких особа, загалом, уповноважена), так і з виходом за межі повноважень – які становлять собою їх перевищення (наприклад, ч. 3 ст. 206, статті 210, 211, 219, 232-2, 371–375). Не викликає сумніву, що і норма, передбачена ст. 364, повинна тлумачитися на тих же засадах.

Наслідки привласнення, розтрати або заволодіння майном.

Наслідки є обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191. Характер наслідків описувався при аналізі об'єкта посягання – вони полягають як у заподіянні шкоди власнику майна (потерпілому), так і в протиправному збагаченні винного чи іншої особи за його вибором. При визначенні розміру наслідків треба виходити з того, що:

- розмір наслідків відповідає вартості майна, яке стало предметом аналізованих злочинів;

- на цей злочин не поширюється поняття дрібного викрадення чужого майна (ст. 51 КУпАП)[1]. Відповідно, кримінальна відповідальність за ч. 2 ст. 191 настає і при вчиненні звернення на свою користь чи користь інших осіб майна вартістю і менше 0,2 нмдг;

- поняття малозначності (ч. 2 ст. 11 КК) цілком поширюється і на аналізовані злочини. В основі ж визначення малозначності знаходиться розмір заподіяної шкоди – наслідків привласнення, розтрати чи заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем. Тому при незначному розмірі наслідків цілком можливе визнання діяння незлочинними на підставі вказаної кримінально-правової норми[2];

- критерії наслідків певного розміру (великий та особливо великий розмір) вказані в диспозиціях частин 3–5 ст. 191 та визначені в пунктах 3, 4 примітки до ст. 185;

- на аналізовані злочини не поширюється поняття наслідку у вигляді заподіяння значної шкоди потерпілому, що випливає з п. 2 примітки до ст. 185[3];

- критерієм для визначення наслідків є нмдг у розмірі, який відповідає 50% мінімальної податкової соціальної пільги, встановленої на 1 січня року, у якому вчинено злочин. Станом на 2018 р. нмдг, який враховується при кваліфікації скоєного, становить 960,5 грн[4].

Суб'єкт злочину.

У диспозиції ч. 2 ст. 191 вказано, що **суб'єктом** передбачених в ній злочинів є службова особа, яка діє з використанням свого службового становища. Проведений вище аналіз показує, що це службова особа, яка наділена адміністративно-господарськими повноваженнями (виконує такі функції) щодо майна, яке є предметом злочину.

Поняття адміністративно-господарських повноважень наведене в абзаці 4 п. 1 постанови ПСВ №5 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» та вже згадувалося раніше. Розвиваючи це визначення, слід вказати, що ці повноваження за своєю суттю полягають у можливості визначати юридичну долю майна – відчужувати його на оплатній основі з визначенням ціни майна та осіб, які виступають його набувачами, передавати майно іншим особам на безоплатній основі (зокрема, для зберігання, виконання робіт), встановлювати осіб, які будуть нести матеріальну

---

[1] У ч. 1 ст. 51 КУпАП серед способів дрібного викрадення вказані також привласнення та розтрата. На цій підставі можна було б припускати, що адміністративно караними та такими, які не охоплюються ч. 2 ст. 191 КК, є посягання, які полягають у вказаних способах звернення чужого майна на свою користь або користь інших осіб у розмірі, що не перевищує 0,2 нмдг. Однак це не так. Адже, у ч. 2 ст. 191 КК передбачена відповідальність не просто за привласнення або розтрату, а за «привласнення чужого майна, вчинене шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем» та аналогічну розтрату. Статтею ж 51 КУпАП не охоплюються посягання, вчинені шляхом службового зловживання.

[2] За матеріалами вивченої правозастосовної практики не виявлено випадків притягнення до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 191 КК при вартості викраденого, меншій 0,2 нмдг. Це дає підставу для висновку, що заподіяння шкоди у такому розмірі зазвичай визнається малозначним посяганням.

[3] У переліку злочинів, наслідками яких є заподіяння значної шкоди потерпілому (у п. 2 примітки до ст. 185 КК) стаття 191 КК не згадується. Опосередковано це підтверджує висновок, що предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, є лише майно держави, місцевих територіальних громад та юридичних осіб.

[4] Це випливає з: а) пункту 5 Підрозділу 1 Розділу XX Податкового кодексу України; б) статті 169.1.1 Податкового кодексу України; в) Закону «Про державний бюджет України на... рік», де встановлено розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб на певний рік.

відповідальність за майно, проводити розрахунки з використанням коштів або майна, констатувати факт наявності майна та правильність операцій щодо нього тощо. Для виконання цих повноважень характерним є те, що службова особа вправі приймати владні (закони, постанови) або видавати управлінські (накази, розпорядження) чи контрольні (висновок) акти, предметом яких є чуже майно.

Там же – у вказаній постанові ПВС – наводиться приблизний перелік службових осіб, які мають вказані повноваження, відзначається, що вони у тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих сховищами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо. Цей перелік дуже і дуже неповний, не відображає сучасної економічної та правової ситуації. До осіб, які виконують адміністративно-господарські функції і у зв'язку з цим мають повноваження щодо майна, можна віднести і таких осіб:

- депутати усіх рівнів (зокрема при прийнятті рішень щодо відчуження конкретного майна, його приватизації, передачі в оренду тощо)[1];

- службові особи органів державної виконавчої влади (КМ, ЦОВВ, їх територіальних підрозділів) та посадові особи органів місцевого самоврядування;

- члени правління, інших виконавчих та контрольних органів підприємств та організацій, що мають на меті одержання прибутку;

- аудитори, ревізори;

- представники, залучені до управління юридичними особами на підставі рішень компетентних державних органів (арбітражні керуючі, працівники тимчасової адміністрації в банках тощо).

Відповідні повноваження такі особи повинні набувати у встановленому порядку – отримати їх від власника майна чи уповноваженого ним органу. Правовими підставами отримання адміністративно-господарських повноважень можуть бути законодавчі акти, накази та розпорядження компетентних осіб, посадові інструкції тощо.

Вчинення аналізованих посягань у складі колегіальних органів[2].

Кожний учасник колегіального органу, який брав участь у прийнятті незаконного рішення, підлягає відповідальності, якщо він голосуванням (чи в інший спосіб) вплинув на таке рішення[3]. Слід наголосити на точності термінології – в аспекті кримінального права треба вести мову не про «прийняття незаконного рішення колегіальним органом», а про «прийняття незаконного рішення особою, яка діє у складі колегіального органу». Зрозуміло, що відповідальність може наставати лише за умови, коли волевиявлення учасника колегіального органу фіксуються[4].

Зловживання службовим становищем задля привласнення чужого майна, його розтрати чи заволодіння ним може здійснюватися не лише одноособово, а й групою осіб або особами, які діють в складі колегіальних органів. Кваліфікація дій групи осіб, загалом, не становить труднощів – відповідальність настає з урахуванням положень КК про співучасть у злочині.

Складніше вирішується питання про кримінально-правову оцінку дій учасників колегіальних органів, завдяки яким здійснюється «розкрадання» чужого майна. На практиці вилучення майна та його звернення на користь окремих осіб часто відбувається внаслідок рішень таких органів, оскільки: а) існуюча процедура розпорядження майном передбачає саме рішення колегіальних органів, без таких рішень заволодіти чужим майном неможливо (наприклад, рішення про надання земельних ділянок, виділення коштів в процесі державних закупівель та інші трансакції за рахунок

---

[1] Зазвичай депутат є суб'єктом владних повноважень (тоді, коли він приймає рішення нормативного характеру). Але це не виключає і виконання ним адміністративно-господарських функцій, коли йдеться про визначення долі конкретного майна.

[2] Проблема відповідальності за корупційні діяння, рішення про які прийняті колегіально // Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність: Збірник матеріалів міжнародного науково-практичного семінару (11-12 травня 2001 р.). – Харків: Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2003. – С. 41-44.

[3] Детальніше див.: Навроцький В.О. Проблема відповідальності за корупційні діяння, рішення про які прийняті колегіально // Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність: Збірник матеріалів міжнародного науково-практичного семінару (11-12 травня 2001 р.). – Харків: Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2003. – С.41-44; Він же. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 282-287.

[4] Пункт 2.6 Примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб), затв. наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 30.03.2016 р. №557, передбачає, що рішення з питань, що розглядаються на засіданнях комітету, приймаються простою більшістю голосів. У разі рівного розподілу голосів голос голови комітету є вирішальним. Рішення комітету оформлюється протоколом, який підписується всіма членами комітету, присутніми на засіданні. У рішенні відображаються результати поіменного голосування членів комітету, присутніх на його засіданні, з кожного питання.

бюджетних коштів); б) окремі особи «прикривають» свої злочинні цілі колегіальними рішеннями, намагаючись у такий спосіб «розкласти» відповідальність на багатьох осіб та розраховуючи, що цим буде нівельована їхня особиста роль. І, дійсно, колегіальний орган не може виступати суб'єктом кримінальної відповідальності.

Ситуації, які виникають у зв'язку з використанням рішень колегіальних органів для вчинення злочинних посягань, різноманітні. Більшість їх вже описана в літературі, вироблені алгоритми кримінально-правової кваліфікації дій учасників таких органів[1]. Не повторюючи того, що вже висвітлено в теорії кримінального права, звернемо увагу на моменти, які стосуються посягання, передбаченого ч. 2 ст. 191:

- наявність у колегіального органу повноважень щодо розпорядження майном означає, що і кожен учасник такого органу виконує адміністративно-господарські функції щодо такого майна;

- відповідальність за протиправне розпорядження майном (при його передачі на користь окремих осіб) не обумовлена тим, яку конкретно частку викраденого майна отримав сам учасник колегіального органу. Характерний для «розкрадання» корисливий мотив вбачається і тоді, коли учасник колегіального органу діє з почуття солідарності з іншими його учасниками, хоче допомогти збагатитися тим, хто тією чи іншою мірою близький для їх колег;

- розмір привласнення, розтрати чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем визначається з урахуванням загальної вартості майна, яке вибуло від власника і звернуто на користь окремих осіб завдяки рішенню колегіального органу.

Не викликає сумніву, що відповідальність за аналізоване посягання повинні нести лише ті учасники колегіального органу, які брали участь у прийнятті відповідного рішення, зокрема шляхом: а) присутності на засіданні та голосування про передачу майна на користь інших осіб; б) іншого забезпечення його прийняття (наприклад, передавши право голосу іншому учаснику, за умови поінформованості про певне голосування); в) сприяння прийняттю рішення (наприклад, забезпечили відсутність заперечень, що дало змогу прийняти рішення шляхом консенсусу).

Звісно, що колегіальний характер рішення викликає підвищені вимоги та породжує труднощі у доведенні ролі окремого члена колегіального органу у виконанні посягання. Відповідальність можлива або при одностайному голосуванні (навіть і таємному), або ж, якщо мало місце фіксація його результатів.

На практиці виникає запитання: як кваліфікувати дії службових осіб – членів тендерного комітету державного підприємства, які у співучасті з службовими особами учасника закупівлі надали допомогу останньому для визначення останнього (або його «компанії підтримки») переможцем закупівлі (спеціально визначили вимоги до предмета закупівлі, узгодили ще до оголошення закупівлі суму очікуваної вартості, перевірили документи, що підлягали подачі у складі конкурсної пропозиції тощо), при цьому наперед були/не були обізнані у завищеній вартості предмета закупівлі?

Дії членів тендерного комітету можуть кваліфікуватися по різному з урахуванням конкретних обставин. Типовими є такі ситуації:

Варіант 1: член тендерного комітету діє за попередньою домовленістю з учасником закупівлі та вчиняє дії на користь останнього, отримує частину від коштів, сплачених за результатами закупівель («долю», «відкат»). У такому випадку має місце привласнення, розтрата або заволодіння чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 3 ст. 191) або організованою групою (ч. 5 ст. 191). Окрім того, за наявності, слід враховувати інші кваліфікуючі ознаки, вказані у ст. 191.

Варіант 2: член тендерного комітету наперед, до його засідання, отримує неправомірну вигоду за вчинення дій на користь учасника закупівель або ж пропозицію чи обіцянку такої вигоди. Згодом вчиняє дії на користь учасника закупівель, той отримує та привласнює кошти, які становлять різницю між сумою, виплаченою за тендером, та дійсною вартістю товарів, робіт чи послуг. За таких обставин має місце «хабарництво» – вчинення злочинів, передбачених ст. 368 та ст. 369, і, залежно від конкретних обставин: а) участь у розкраданні шляхом шахрайства за попередньою змовою групою осіб або організованою групою – ч. 2 або ч. 4 ст. 191; б) участь у розкраданні на користь

---

[1] Див.: Навроцький В. Проблема відповідальності за корупційні діяння, рішення про які прийняті колегіально // Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність: Збірник матеріалів міжнародного науково-практичного семінару (11-12 травня 2001 р.). – Харків: Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2003. – С. 41-44.

третіх осіб з використанням службового становища і також за попередньою змовою групою осіб або організованою групою – ч. 3 або ч. 5 ст. 191.

Варіант 3: член тендерного комітету надає сприяння учаснику закупівель, не отримуючи за це неправомірної вигоди, а керується родинними, приятельськими, земляцькими тощо почуттями, приховавши конфлікт інтересів; внаслідок такого сприяння учасник закупівель отримує та привласнює кошти, які становлять різницю між сумою, виплаченою за тендером, та дійсною вартістю товарів, робіт чи послуг. За таких обставин має місце зловживання службовим становищем (ст. 364) та пособництво у «розкраданні», яке вчинене учасником закупівель. При цьому учасник закупівель здійснює «розкрадання» шляхом шахрайства, яке кваліфікується за відповідною частиною ст. 190, а член тендерного комітету виконує пособництво у цьому злочині у формі «усунення перешкод» (оскільки не виявляє обману, спрямованого на заволодіння чужим майном, знаючи про його наявність та будучи зобов'язаним це здійснити, виходячи з наданих йому повноважень).

Суб'єктивна сторона злочину.

Дії, передбачені ст. 191, вчинюються **умисно** та з корисливих мотивів[1]. Інтелектуальна ознака умислу має місце, якщо особа знає (розуміє) всі вказані вище ознаки вказаних злочинів, вольова – передбачає принаймні бажання збагатитися самому чи збагатити інших осіб. Корисливий мотив – це прагнення до протиправного збагачення за рахунок чужого майна. Тому наявність об'єктивних ознак складу злочину дає підставу констатувати вину та мотив і, навпаки, відсутність вини та мотиву вказує на відсутність його об'єктивних ознак.

Вивчення матеріалів правозастосування показує, що питанням встановлення ознак суб'єктивної сторони цього злочину приділяється на практиці явно недостатня увага, а часто вони просто ігноруються. Фактично, має місце презюмування вини, що абсолютно недопустиме.

У зв'язку з цим слід звернути увагу, що про прямий умисел щодо привласнення, розтрати чи заволодіння чужим майном шляхом службового зловживання можна говорити лише тоді, коли доведені його ознаки, передбачені ч. 2 ст. 24. Тому у відповідних процесуальних документах (головним чином у обвинувальному акті), необхідно вказувати, що винний:

1) усвідомлював характер свого діяння, оскільки:

- знав, що його дії є протиправними, антисуспільними, небезпечними і для конкретних потерпілих, і для держави та суспільства в цілому;

- усвідомлював, що власність в Україні знаходиться під охороною закону, посягання на чужу власність тягне відповідальність;

- знав, що майно, яке стало предметом привласнення, розтрати або заволодіння шляхом зловживання службовим становищем, перебуває у власності інших осіб і, відповідно, є чужим для нього;

- розумів, що на ці предмети він не має ані дійсного, ані гаданого права, вони є чужими для нього, він не мав підстав для їх вилучення у власників та звернення на свою користь чи користь інших осіб;

2) передбачав наслідки своїх діянь, бо вже на момент вчинення діяння:

- розумів, що його дії потягнуть шкоду майнового характеру для власника майна;

- обчислював, хоча б у загальних рисах, розмір такої шкоди, оскільки принаймні приблизно знав про ціну майна, яке виступає предметом злочину;

- розраховував суму, на яку відбудеться протиправне збагачення його особисто або інших осіб за його вибором;

3) бажав настання наслідків у вигляді шкоди чужій власності та збагачення за її рахунок.

Знаючи про всі ці обставини та все одно вчиняючи відповідні дії, прагнучи до збагачення, розуміючи неминучість заподіяння майнової шкоди власнику, винний бажав настання відповідних наслідків, що є ознакою прямого умислу.

Корисливий мотив у діях винного треба визначати з огляду на те, що вчиняючи вказані дії, він прагнув викрасти чуже майно, протиправно збагатитися сам або збагатити інших осіб за своїм вибором. Такі риси характерні для корисливих мотивів злочину.

---

[1] *Примітка наукового редактора.* Точніше було б сказати: як правило, з корисливих мотивів.

Розмежування з іншими складами злочину.
Співвідношення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 та ст. 364 КК.

Питання про співвідношення вказаних злочинів – одне з тих, які викликають найбільші труднощі на практиці. Водночас, в теоретичному аспекті воно не є надто складним. При проведенні розмежування між відповідними посяганнями потрібно враховувати таке[1]:

1) питання про розмежування постає лише тоді, коли є ознаки, що збігаються, або подібні ознаки розмежовуваних злочинів. А саме, коли злочини нагадують один одного за предметом посягання, спеціальним суб'єктом, таким способом вчинення посягання, як зловживання службовим становищем, наслідками у виді матеріальної шкоди власнику майна, корисливим мотивом. Реально йдеться про випадки обернення чужого майна службовою особою на свою користь чи користь інших осіб. Водночас, відповідним злочинам притаманні і розмежувальні ознаки – які мають різний зміст (часто при зовнішній подібності);

2) ч. 2 ст. 191 передбачає відповідальність за так званий складений злочин – у ній об'єднані посягання, передбачені ч. 1 ст. 191 та ст. 364. Відповідно, склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191, має місце тоді, коли одночасно наявні ознаки як розкрадання, так і службового зловживання. Відсутність же ознак одного зі складів злочинів вказує не те, що скоєне слід кваліфікувати або за ч. 1 ст. 191 (чи частинами цієї статті, які передбачають кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки), або ж за ст. 364;

3) відмінність у змісті ознак складів відповідних злочинів, яка відображена у Таблиці 2.

Таблиця 2. **Відмінність у змісті ознак злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 і ст. 364.**

Розмежувальні ознаки складів злочинів	Характерно для ч. 2 ст. 191 КК	Характерно для ст. 364 КК
Предмет	Чуже майно, яке вже перебуває у фондах іншої особи.	Як майно, що вже належить іншому власнику (перебуває у його фондах), так і майно, яке лише має бути передане у власність іншої юридичної чи фізичної особи, держави, територіальної громади.
Діяння	Лише дія, яка включає: а) вилучення майна з чужого володіння; б) звернення його на користь винного чи інших осіб. Вилучення майна та його звернення на користь інших осіб здійснюється безоплатно і остаточно, назавжди.	Як дія, так і бездіяльність (при невиконанні свого обов'язку по передачі належного майна іншій особі). Вилучення майна і заволодіння ним здійснюється або оплатно, але з порушенням встановленого порядку (зокрема, поза чергою, без аукціону, тендеру) або тимчасово.
Спосіб вчинення діяння	Зазначена дія повинна підпадати під поняття привласнення, розтрати чи заволодіння чужим майном.	Будь-який.
Наслідки	Пряма дійсна шкода, яка полягає у «збіднінні» власника майна – зменшення вартості вже наявного у нього майна.	Пряма дійсна шкода, яка може полягати як у зменшенні вартості вже наявного у власника майна, так і в неотриманні майна, яке потерпілий повинен і міг отримати, а винний зобов'язаний був йому передати[1].

[1] Про загальні засади розмежування складів злочинів див.: Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с.

[2] Іноді в літературі та в правозастосовних актах йдеться про наслідки у вигляді так званої втраченої (чи упущеної, неотриманої) вигоди. Однак у кримінальному праві взагалі не використовується суто цивілістична категорія «втрачена вигода». Кримінальне право має справу з іншими поняттями – реальні наслідки (реальна або дійсна шкода) чи ймовірні наслідки. До складу наслідків як обов'язкової ознаки складу відповідних злочинів – так званих матеріальних складів – можуть відноситися лише наслідки, які настають неминуче, закономірно, розмір яких може бути доведений під час кримінального процесу – дійсна шкода (на відміну від ймовірних наслідків, настання яких можна лише припускати). Втрачена ж вигода – це доходи, отримання яких залежить від багатьох факторів, розмір яких не можна встановити точно

Мотив/мета	Корисливий – прагнення збагатитися особисто чи збагатити третіх осіб (близьких до винного, у благополуччі яких він зацікавлений).	Поєднаний з метою одержання службовою особою будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної чи юридичної особи (мета одержати НВ – поняття більш широке, ніж корислива мета).

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України в постанові у справі №5-48кс13 від 23 січня 2014 р. висловила свої міркування щодо відмінності між розтратою чужого майна шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК) і зловживанням службовим становищем, вчиненим в інтересах третіх осіб із заподіянням істотної шкоди або тяжких наслідків юридичній особі (ст. 364 КК). З цього приводу Верховний Суд України вказав, що головні відмінності між вказаними посяганнями полягають у тому, що службова особа при скоєнні злочину, передбаченого ст. 364 КК, зловживаючи своїм службовим становищем, заподіює майнову шкоду власнику при відсутності хоча б однієї ознаки розкрадання чужого майна, у т.ч. в формі розтрати шляхом зловживання службовим становищем, зокрема за відсутності безоплатності (коли здійснюється оплатна реалізація майна, в певних випадках і за зниженими цінами), безповоротності вилучення (коли майно не витрачено та існує можливість його повернення або коли має місце його тимчасове запозичення) тощо.

У іншій справі (Постанова Судової палати у кримінальних справах №5-27кс12 від 7 лютого 2013 р.) Верховний Суд України також звернув увагу на те, що коли зловживання службовою особою своїм службовим становищем є способом розкрадання чужого майна, при якому винний незаконно вилучає та безоплатно обертає майно на свою користь чи користь третіх осіб, то такі дії утворюють спеціальний склад зловживання службовим становищем і мають кваліфікуватися за ст. 191 КК. Якщо ж службове зловживання не супроводжується розкраданням чужого майна (в будь-якій формі), не пов'язується з протиправним вилученням та безоплатним оберненням його у свою власність чи власність третіх осіб, а призводить до набуття іншої вигоди, то має місце склад злочину, передбаченого ст. 364 КК.

Таким чином, визначальним при розмежуванні цих злочинів є встановлення того, чи мала місце безоплатність і безповоротність вилучення чужого майна та звернення його на свою користь чи користь інших осіб.

1.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 191 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Склад злочину «привласнення чи розтрата чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні», має давню історію становлення та розробки тактичних прийомів розслідування. Однак, в сучасних умовах способи вчинення злочину модифікуються, розробляються нові схеми ухилення від кримінальної відповідальності, що зумовлює необхідність використання нових підходів до розкриття та розслідування цієї категорії злочинів. Враховуючи, що корупційним визнаються лише склади злочину передбачені частинами 2–5 ст. 191, у методиці буде розглядатися розслідування лише цих складів злочинів.

Серед типових способів вчинення розкрадання виокремлюють:

- безпосереднє привласнення або розтрату розкрадання грошових коштів та матеріальних цінностей з попереднім створенням надлишків;
- розкрадання шляхом підробки документів та з використанням комп'ютерної техніки;
- незаконні виплати (за невиконані роботи, премій та ін.);
- виготовлення та збут неврахованої продукції;
- списання нібито зіпсованих матеріалів та ін.

З метою приховування протиправних дій винні особи можуть вдаватися до заходів, що передують розкраданню або здійснюються після його вчинення. Такими заходами можуть бути внесення до документів неправдивої інформації, внесення змін до устаткування, створення умов для знищення або псування сировини та продукції, складання актів про списання, фіктивне банкрутство та ін.

Зазвичай ознаки цього складу злочину виявляються внаслідок інвентаризацій, ревізій та перевірок

контрольно-ревізійних органів, отримання заяв посадових осіб чи громадян, проведеної оперативно-розшукової діяльності або ж самостійно слідчим/детективом.

В зв'язку з цим, розглянемо типові ситуації, які виникають під час розслідування привласнення чи розтрати чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 191 КК, отримані за результатами перевірок чи ревізій.

Ця слідча ситуація зумовлена наявністю в ч. 2 ст. 12 Закону «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» обов'язку працівників органу державного фінансового контролю у випадках виявлення зловживань і порушень законодавства передавати правоохоронним органам матеріали ревізій. Також Закон зобов'язує цих осіб при вилученні документів у зв'язку з їх підробкою або виявленими зловживаннями негайно повідомити про це в правоохоронні органи.

Таким чином, після отримання матеріалів перевірок чи ревізій працівники органів досудового розслідування мають внести відомості до ЄРДР та проводити досудове розслідування в загальному порядку.

Інша ситуація виникає, коли ревізію чи перевірку потрібно провести у вже відкритому кримінальному провадженні. Законодавство та судова практика неоднозначно вирішують питання про можливість призначення перевірок і ревізій у кримінальному провадженні. Така ситуація зумовлена сучасним підходом щодо зменшення тиску на бізнес та захист інтересів господарюючих суб'єктів.

Однак, виходячи зі змісту ч. 2 ст. 93 КПК України, висновки перевірок і ревізій є джерелами доказів у кримінальному провадженні, в зв'язку з чим виникає питання щодо правильного їх залучення в процес доказування.

Одним із видів державного фінансового контролю, згідно із Законом «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», є інспектування, яке здійснюється у формі ревізії та полягає у документальній і фактичній перевірці певного комплексу або окремих питань фінансово-господарської діяльності підконтрольної установи, яка повинна забезпечувати виявлення наявних фактів порушення законодавства, встановлення винних у їх допущенні посадових і матеріально відповідальних осіб. Результати ревізії викладаються в акті (ст. 4 цього Закону).

Згідно з підпунктом 3.1 пункту 3 Порядку взаємодії між органами державної контрольно-ревізійної служби та органами прокуратури, внутрішніх справ і Служби безпеки України[1] працівники органів державної контрольно-ревізійної служби за зверненнями правоохоронних органів можуть брати участь у перевірках, що проводяться правоохоронними органами у підконтрольних установах та на інших об'єктах контролю – як спеціалісти.

Працівники органів Держаудитслужби направляються для участі в перевірках, що проводять правоохоронні органи, на підставі листа відповідного органу Держаудитслужби. Під час участі у перевірці спеціаліст використовує свої спеціальні знання і в межах компетенції надає консультації та відповіді на порушені питання, при цьому фіксує факти порушення законодавства з питань використання і збереження фінансових ресурсів, необоротних та інших активів, правильності визначення потреби в бюджетних коштах та взяття зобов'язань, стану і достовірності бухгалтерського обліку і фінансової звітності, визначає розмір заподіяної матеріальної шкоди (збитків) та посадових (службових) осіб, внаслідок дій або бездіяльності яких допущено порушення законодавства та завдано матеріальну шкоду (збитки).

Результати участі спеціаліста у перевірці оформляються довідкою, яка складається на чистому аркуші та підписується спеціалістом із зазначенням посади та назви органу, в якому він працює. Довідка складається у двох примірниках, один з яких після підписання спеціалістом надсилається правоохоронному органу – ініціатору перевірки. Другий примірник довідки залишається у відповідному органі Держаудитслужби.

Системний аналіз наведених норм дає підстави для висновку, що законодавство розмежовує статус працівників Держаудитслужби, які виступають як спеціалісти у кримінальному провадженні та як ревізори в порядку ст. 11 Закону «Про основні засади здійснення державного фінансового

---

[1] Порядок взаємодії між органами державної контроль-ревізійної служби та органами прокуратури, внутрішніх справ і Служби безпеки України, затв. наказом Головного контроль-ревізійного управління України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Генеральної прокуратури України 19.10.2016 р. №346/1025/685/53.

контролю в Україні». Крім того, відрізняється процесуальне оформлення результатів їх діяльності, оскільки спеціаліст складає довідку, а ревізор – акт перевірки.

В зв'язку з цим рекомендується залучати до огляду місця події працівників контролюючих органів як спеціалістів, що буде сприяти більш швидкому встановленню фактів порушення фінансової дисципліни на підприємстві та виявленні фактів привласнення чи розтрати чужого майна.

Закон «Про національне антикорупційне бюро» містить пряму норму, згідно з якою Національний банк України, Антимонопольний комітет України, Фонд державного майна України, орган державного фінансового контролю, Національне агентство з питань запобігання корупції, а також інші державні органи, що здійснюють державний контроль за дотриманням фізичними та юридичними особами законодавства, з метою запобігання та протидії кримінальним правопорушенням, віднесеним до підслідності НАБУ, **зобов'язані за зверненням** НАБУ проводити у межах своєї компетенції ревізії, перевірки та інші дії щодо контролю за дотриманням законодавства фізичними та юридичними особами.

Подібна норма також міститься у п. 5 ч. 5 ст. 11 Закону «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні»: підставою призначення позапланової виїзної ревізії є **надходження доручення** щодо проведення ревізій у підконтрольних установах від органів прокуратури, органів доходів і зборів, Національної поліції, СБУ, НАБУ, в якому містяться факти, що свідчать про порушення підконтрольними установами законів, перевірку додержання яких віднесено до компетенції органів державного фінансового контролю.

Частина 8 ст. 11 цього Закону встановлює, що орган або особа, що ініціює проведення позапланової виїзної ревізії, подає до суду письмове обґрунтування підстав ревізії та дати її початку і закінчення, документи, які відповідно до частин 5 і 7 цієї статті свідчать про виникнення підстав для проведення ревізії, а також на вимогу суду інші відомості. В зв'язку з цим, слідчий/детектив зобов'язаний звернутися з клопотанням до слідчого судді про призначення позапланової ревізії.

Відповідно до п. 78.1.11. ст. 78 ПК документальна позапланова перевірка здійснюється за наявності отриманого рішення суду (слідчого судді) про призначення перевірки, винесеного відповідно до закону.

Однак, при застосуванні цих норм практичним працівникам варто враховувати, що положення КПК не відносять до компетенції слідчого судді вирішення питання щодо надання дозволу на проведення перевірки, а ст. 132 КПК не передбачає такого заходу забезпечення кримінального провадження і не регламентує порядок розгляду таких клопотань слідчого, обсяг доказування при розгляді такого клопотання, критерії, за якими слідчий суддя повинен визначати достатність підстав для надання дозволу на проведення податкової перевірки.

Таким чином, рекомендується у разі потреби залучати працівника органів державного контролю як спеціаліста з метою уникнення в подальшому клопотань сторони захисту про визнання недопустимими отриманих доказів.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 191 КК, отримані внаслідок заяви особи.

У разі отримання інформації про можливі факти привласнення чи розтрати чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало в її віданні слідчий/детектив мають право провести огляд місця події з метою виявлення слідів вчинення злочину, як правило, документальних. Оскільки огляд проводиться, як правило, у приміщеннях юридичних осіб, то для його проведення відповідно до ст. 233 КПК необхідна ухвала слідчого судді. В зв'язку з цим, огляд місця події у цій категорії злочинів неможливо провести до внесення відомостей у ЄРДР.

Після внесення відомостей в ЄРДР слідчий/детектив звертаються з клопотанням про огляд до слідчого судді із дотриманням вимог, передбачених ст. 234 КПК. При цьому в клопотанні повинна бути вказана точна адреса будівлі та приміщення, в якому дозволяється проведення обшуку, а також має бути зазначено і особу власника, і особу фактичного володільця приміщення.

Після отримання ухвали слідчого судді слідчий вправі провести **огляд місця події** із залученням спеціалістів у сфері фінансового контролю. Відповідно до ч. 5 ст. 237 КПК при проведенні огляду дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, а отже виникає питання, які саме документи вправі вилучати слідчий.

В першу чергу, увагу потрібно звертати на **фінансову документацію** та наявність у ній всіх необхідних реквізитів та наявність ознак підробки. Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» всі первинні та зведені облікові документи,

мають такі обов'язкові реквізити: назву документа (форми); дату і місце складання; назву підприємства, від імені якого складено документ; зміст та обсяг господарської операції, одиницю виміру господарської операції; посади осіб, відповідальних за здійснення господарської операції і правильність її оформлення; особистий підпис або інші дані, що дають змогу ідентифікувати особу, яка брала участь у здійсненні господарської операції. Відсутність цих реквізитів може свідчити про наявність фактів розкрадання майна службовими особами або фактів приховування слідів іншого злочину.

Наступними документами, які підлягають вилученню під час огляду, є посадові інструкції директора, головного бухгалтера, керівників структурних підрозділів з метою встановлення особи, яка відповідальна за зберігання матеріальних цінностей та в силу службового становища мала можливість ними розпоряджатися.

Крім цього, вилученню, за умови їх належності до події правопорушення, підлягають:

- документи, які визначають економічну структуру і організаційно-правовий статус підприємства, а також стан фінансового контролю: а) свідоцтво про реєстрацію підприємства; б) статут підприємства; в) установча угода; г) реєстр акціонерів; д) протоколи загальних зборів акціонерів; е) протоколи засідань адміністративних органів управління (правління, керівництва); ж) протоколи засідань ревізійних комісій (акти та матеріали перевірок); з) річний звіт аудитора; и) акти та інші матеріали перевірок податкових, банківських та інших контрольних органів; к) накази і розпорядження посадових осіб тощо.

- документи, що посвідчують провадження певного виду діяльності: а) ліцензії; б) патенти;

- документи бухгалтерського обліку і звітності (тут у найбільш повному обсязі на основі суцільного і безперервного спостереження, суворого документування, систематизації на рахунках і балансування облікових даних концентрується економічна інформація): а) документи первинного обліку (рахунки, накладні та інші, які фіксують окремі економічні операції); б) бухгалтерські рахунки; в) бухгалтерський баланс;

- документи оперативного обліку та звітності. Наприклад, «чорна бухгалтерія» керівника підприємства чи головного бухгалтера, яка характеризує можливі факти списання матеріальних цінностей, їх розтрати тощо;

- документи автоматизованого робочого місця (АРМ) бухгалтера, економіста, плановика, аналітика.

Важливе значення під час огляду місця події по факту розтрати чи привласнення коштів для проведення підрядних робіт (ремонту доріг, об'єктів комунікацій тощо) має **огляд місця проведення робіт** з метою встановлення їх фактичного обсягу виконання.

Після проведення огляду місця події на підставі отриманої інформації слідчий проводить подальші слідчі дії, спрямовані на встановлення наступних **елементів предмету доказування:**

відомості про час, місце;

відомості про спосіб вчинення злочину, що включатиме спосіб підготовки, вчинення, безпосереднього вчинення та приховання злочину (суть способу у цьому випадку незаконне обернення чужого майно на свою користь чи користь третіх осіб з використанням при цьому свого службового становища); а також відомості про знаряддя (засоби);

відомості про предмет злочинного посягання (його кількісні та якісні характеристики), яким виступатиме майно, яке було ввірене винному чи було в його віданні, тобто воно знаходилось у правомірному володінні винного, який був наділений правомочністю з розпорядження, управління, доставки або зберігання такого майна. Така правомочність може обумовлюватись службовими обов'язками, договірними відносинами або спеціальним дорученням;

відомості про суб'єкта привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особи своїм службовим становищем;

вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; кваліфікуючі ознаки щодо розміру шкоди, завданої злочином.

Для встановлення цих обставин важливе значення має правильне проведення **допитів підозрюваних та свідків**. В першу чергу, потрібно допитати осіб, які проводили перевірку чи ревізію, з метою загального розуміння схеми розкрадання та осіб, які можуть бути до цього причетні.

Як свідки також допитуються працівники установи, підприємства чи організації, де працює підозрюваний; працівники підприємств-контрагентів, близькі знайомі, родичі та друзі підозрюваного й інші особи, яким відомі обставини, що мають значення для кримінального провадження.

Під час допиту працівників підприємства (установи), де працює підозрюваний, з'ясовуються такі питання:

- яким є порядок здійснення відповідної діяльності та якими є функції свідка та інших осіб під час її проведення;
- обставини конкретних операцій;
- про які факти порушень відомо свідку та якими є їхні обставини;
- яким чином йому стало відомо про ці порушення;
- у яких документах вони відображені;
- кому ще відомо про порушення;
- що, на думку свідка, сприяло зловживанням;
- яких заходів доцільно вжити для їх недопущення в майбутньому;
- як свідок може охарактеризувати особистість підозрюваного.

Обшук, як правило, проводиться за місцем роботи і проживання підозрюваних, в інших приміщеннях, що їм належать, їх автомобілях. Можуть бути обшукані службові кабінети, приміщення цехів і складів, робочі місця у виробничих приміщеннях, приміщеннях бухгалтерії. Обшуки проводять у осіб, які відповідальні за підготовку та підписання документів, при цьому може накладатися арешт на майно, у т.ч. вклади в банках. **Арешт на майно** накладається для забезпечення відшкодування збитків і конфіскації майна.

Суттєву складність під час проведення обшуку має **вилучення комп'ютерної техніки та електронних носіїв інформації.** По-перше, ці дії рекомендується виконувати у формі «обшуку-огляду», під час якого слід детально фіксувати не лише факт вилучення конкретного об'єкта, а й детально описувати, фотографувати його місцезнаходження у взаємозв'язку з іншими виявленими на місці обшуку предметами. По-друге, слід вживати заходів щодо збереження виявлених джерел доказів. Хоча для проведення цих дій рекомендується залучення відповідного фахівця, але й сам слідчий має володіти мінімумом знань для розуміння роботи комп'ютера та збереження електронної інформації.

Із врахуванням особливостей такого об'єкта вилучення, як комп'ютерна техніка, рекомендується такий порядок дій на місці обшуку: 1) відсторонити від комп'ютера осіб, що працюють за ним чи знаходяться біля нього, і не приймати від них допомоги в його огляді і тимчасовому вилученні; 2) зафіксувати місцезнаходження комп'ютера, його обладнання і не проводити будь-яких маніпуляцій з ними, якщо їх результат заздалегідь невідомий; 3) у разі наявності в приміщенні вибухових, їдких та токсичних речовин (матеріалів) вжити заходів щодо їх видалення з приміщення; 4) якщо комп'ютер увімкнений – вжити заходів, щоб ніхто не вимкнув електропостачання і зафіксувати, яка програма працює; 5) за допомогою спеціаліста вимкнути комп'ютер і відключити від нього периферійні пристрої, попередньо зафіксувавши порядок їх з'єднання; 6) упакувати окремо кожний пристрій і з'єднувальні кабелі для безпечного транспортування.

При проведенні обшуків значну допомогу слідчому може надати спеціаліст. Така допомога проявляється у: а) застосуванні пошукових приладів; б) виконанні доручень, що вимагають спеціальних знань і навичок (технік-будівельник, слюсар, водолаз); в) наданні консультацій з питань дотримання правил безпеки; г) наданні рекомендацій щодо перевірки місць можливого зберігання предметів, що відшукуються; д) наданні порад щодо вилучення знайдених предметів і порядку поводження з ними (при відборі медикаментів, вибухових речовин та інших об'єктів, їх фіксації, упакуванні та транспортуванні).

Особливу увагу слідчим треба звертати на правомірність фактів відчуження майна, яке перебуває у державній власності. Законодавство встановлює чіткий перелік документів, які необхідно подати для отримання згоди на відчуження таких об'єктів, а отже їх відсутність свідчить про зловживання службовими особами під час реалізації таких об'єктів.

Так, відповідно до п. 7 Порядку відчуження об'єктів державної власності[1], для отримання згоди на відчуження майна суб'єкт господарювання подає разом із зверненням стосовно відчуження майна: техніко-економічне обґрунтування доцільності відчуження майна та напрямів використання коштів (з обов'язковим визначенням впливу відчуження майна на цілісність майнового комплексу); відомості про об'єкти основних фондів (засобів), які пропонуються до відчуження, за даними бухгалтерського

[1] Порядок відчуження об'єктів державної власності, затв. постановою КМ №803 від 6 червня 2007 р.

обліку на дату оцінки; акт інвентаризації основних фондів (засобів), які пропонуються до відчуження, акт технічного стану майна, складений на дату оцінки та затверджений керівником суб'єкта господарювання; висновок про вартість майна та звіт про оцінку майна.

Приклад цієї категорії справ.

> *Детективами НАБУ 2 листопада 2016 р. розпочато розслідування у кримінальному провадженні №52016000000000411 за фактом заволодіння коштами Одеського міського бюджету під час продажу будівель ВАТ «ХК «Краян». За даними слідства, у першій половині 2016 року Одеський міський голова домовився з особами, які фактично контролюють ЗАТ «UAB Naster», ТОВ «VALTON GROUP LP» та ТОВ «Девелопмент Еліт» про заволодіння коштами місцевого бюджету м. Одеси під виглядом купівлі у комунальну власність нежитлових приміщень колишнього заводу «Краян» за завідомо завищеною вартістю.*
>
> *Слідством встановлено, що посадові особи Одеської міської ради донесли депутатам ради завідомо неправдиву інформацію про невідкладність розгляду питання щодо придбання приміщення, обумовлену нібито необхідністю подання документів у визначені строки для участі у загальнодержавній програмі «Прозорий офіс» щодо співфінансування витрат на купівлю приміщень. Ймовірно, це було зроблено, щоб створити перешкоди депутатам та відповідальним особам належно вивчити питання доцільності і економічного обґрунтування купівлі саме цієї будівлі.*
>
> *Крім того, депутатів запевнили, що ціна на приміщення є об'єктивною, перевіреною уповноваженими посадовими особами профільних виконавчих органів ради та постійної комісії, які відповідали за підготовку проекту рішення, а витрати на його купівлю є економічно обґрунтованими, хоча насправді будь-які розрахунки, які б підтверджували доцільність виділення коштів у сумі 185 млн. грн. із місцевого бюджету, не проводилися. Окрім того, Одеський міський голова повідомив депутатам недостовірну інформацію про співфінансування витрат з державного бюджету на купівлю та облаштування будівлі колишнього заводу «Краян» по програмі «Прозорий офіс».*
>
> *Таким чином, задіяні особи забезпечили ухвалення депутатським корпусом Одеської міської ради рішення про надання згоди на придбання у комунальну власність територіальної громади будівлі ВАТ «ХК «Краян» за завідомо завищеною ціною – у розмірі 185 млн. грн, яку заздалегідь визначила залучена до злочину оцінювач шляхом внесення до звіту про оцінку неправдивих та недостовірних відомостей*[1]*.*

При виявленні фактів розтрати майна потрібно встановити обсяг повноважень службової особи, і що розтрата була вчинена саме за допомогою цих повноважень.

> *Детективами НАБУ у кримінальному провадженні №52016000000000357 правильно кваліфіковано дії керівника ДП «Луцький КХП №2» за ч. 5 ст. 191 КК за наступних обставин. ПАТ «Аграрний фонд» (100% акцій належать державі) у листопаді 2013 року передав збіжжя на відповідальне зберігання до ДП «Луцький КХП №2». Керівник ДП, без отримання дозволу власника зерна, вирішив відвантажити його комерційним структурам без оплати з їхнього боку. У такий спосіб упродовж квітня-червня 2014 року з елеватора ДП «Луцький КХП №2» вивезено понад 26 тис. т. зерна, яке належало ПАТ «Аграрний фонд», що завдало підприємству матеріальних збитків на суму понад 58,81 млн. грн*[2]*.*

У кримінальних провадженнях цієї категорії призначається низка **експертиз.** Зокрема, до найбільш популярних можна віднести:

1) *технічну експертизу документів* (дозволяє встановити спосіб виготовлення документу та використаного обладнання, давності його виготовлення, наявності внесення змін, відновлення тексту документа тощо);

2) *будівельно-технічну* (дозволяє встановити невідповідність фактично виконаних обсягів робіт обсягам, що зазначені в актах виконаних робіт, а також завищення вартості робіт);

3) *почеркознавчу* (вирішує питання про виконання підписів або рукописних записів певною особою. Призначати її треба навіть у ситуації, коли особа визнає факт виконання нею рукописного тексту чи підпису (в подальшому вона може відмовитися від такої заяви);

---

[1] Заволодіння коштами Одеського міського бюджету під час продажу будівель ВАТ «ХК «Краян» // https://nabu.gov.ua/zavolodinnya-koshtamy-odeskogo-miskogo-byudzhetu-pid-chas-prodazhu-budivel-vat-hk-krayan.

[2] Розтрата понад 58 млн грн ДП «Луцький КХП N2» // https://nabu.gov.ua/roztrata-ponad-58-mln-grn-dp-luckyy-khp-n2.

4) *судово-економічну* – призначається для вирішення завдань, пов'язаних із дослідженням документів бухгалтерського обліку та звітності, зокрема для:

- встановлення правильності та повноти застосованих ревізією методів і прийомів дослідження даних бухгалтерського обліку під час виконання поставлених перед нею завдань;
- визначення документальної обґрунтованості операцій з одержання, зберігання та витрачання матеріальних цінностей і грошей, наявності їх нестачі або надлишків, періоду, місця їх утворення та розміру;
- установлення правильності ведення в установі (на підприємстві) бухгалтерського обліку та звітності, його відповідності вимогам чинних нормативних актів;
- з'ясування кола осіб, на яких покладено обов'язок забезпечити дотримання вимог нормативно-правових актів з бухгалтерського обліку та контролю;
- визначення недоліків в організації бухгалтерського обліку та контролю, що сприяли вчиненню порушень, заходів бухгалтерського порядку, які необхідно здійснити для усунення цих недоліків, та ін.

1.3. Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації (ст. 206-2 КК) *(О. Дудоров)*

Об'єкт злочину.

Основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 206-2, залежно від того, на що спрямоване посягання, є: 1) правомірна господарська діяльність підприємств, установ, організацій у частині закріпленого правового режиму майна, належного цим юридичним особам на законних підставах; 2) корпоративні права фізичних або юридичних осіб.

Підприємства, установи та організації охоплюються поняттям «юридична особа», а сучасне цивільне та господарське законодавство, відійшовши від вжитої у ст. 206-2 морально застарілої тріади, використовує такі терміни, як фізична особа, юридична особа, суб'єкт господарювання тощо.

Додатковими обов'язковими об'єктами злочину є власність і встановлений порядок документообігу, а такими ж об'єктами кваліфікованих різновидів злочину (ч. 2, ч. 3 ст. 206-2) – фізична і психічна недоторканність особи, її здоров'я, порядок виконання покладених на службову особу повноважень.

Предметом злочину є: 1) майно підприємства, установи, організації; 2) частки, акції, паї засновників, учасників, акціонерів, членів юридичної особи.

Підприємство – це самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому ГК та іншими законами. Підприємства можуть створюватись як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності. Підприємство є юридичною особою, має відокремлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків та може мати печатки. Залежно від форм власності можуть діяти такі види підприємств: приватне; колективної власності; комунальне; державне; засноване на змішаній формі власності; спільне комунальне. В Україні можуть діяти й інші види підприємств, передбачені законом. Залежно від способу утворення (заснування) та формування статутного капіталу підприємства поділяються на унітарні та корпоративні.

Майно підприємства становлять виробничі і невиробничі фонди, інші цінності, вартість яких відображається в самостійному балансі підприємства. Джерелами формування майна підприємства є: грошові та матеріальні внески засновників; доходи, одержані від реалізації продукції, послуг, інших видів господарської діяльності; доходи від цінних паперів; кредити банків та інших кредиторів; капітальні вкладення і дотації з бюджетів; майно, придбане в інших суб'єктів господарювання, організацій та громадян у встановленому порядку; інші джерела, не заборонені законодавством.

Майном підприємства, установи, організації визнається будь-яке майно (включаючи грошові кошти), яке належить юридичній особі на законних підставах.

Залежно від економічної форми, якої майно підприємства набуває у процесі господарської діяльності, воно поділяється на: 1) основні фонди – будинки, споруди, машини та устаткування, обладнання, інструмент, виробничий інвентар, господарський інвентар та інше майно тривалого використання, що віднесено законодавством до основних фондів; 2) оборотні засоби – сировина,

паливо, матеріали, малоцінні предмети та предмети, що швидко зношуються, інше майно виробничого і невиробничого призначення, що віднесено законодавством до оборотних засобів; 3) кошти у складі майна суб'єктів господарювання – гроші у національній та іноземній валюті, призначені для здійснення товарних відносин цих суб'єктів з іншими суб'єктами, а також фінансових відносин відповідно до законодавства; 4) товари у складі майна суб'єктів господарювання – вироблена продукція (товарні запаси), виконані роботи та послуги; 5) цінні папери.

Зважаючи на місце розташування ст. 206-2 в системі Особливої частини КК, предметом передбаченого нею злочину в основному є майно суб'єктів господарювання; проте, це може бути і майно інших юридичних осіб (причому не лише приватного права). Основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їхня господарська діяльність, становлять право власності, право господарського відання та право оперативного управління, але господарська діяльність може здійснюватися на основі й інших речових прав (зокрема, право володіння, сервітут, емфітевзис, суперфіцій) або зобов'язальних прав (оренда, заклад, іпотека тощо).

Крім майна підприємств, установ, організацій, у диспозиції ч. 1 ст. 206-2 фігурують частки, акції, паї засновників, учасників, акціонерів і членів. З погляду ЦК і ГК учасники, акціонери і члени юридичних осіб є власниками юридичної особи.

Частка (пай) засновника, учасника, акціонера – це ступінь участі фізичної або юридичної особи у статутному капіталі юридичної особи, яка виражається у долях або відсотках.

Пай є свідченням членства і права участі в управлінні, часткою, що вноситься до спільної справи окремим учасником. Від величини паю залежить дохід, дивіденди, що їх отримують пайовики, і частини майна чи коштів, на які вони мають право у разі ліквідації підприємства. Із пайових внесків формується пайовий фонд підприємства. Водночас на практиці термін «пай» у контексті позначення частки особи в статутному капіталі суб'єкта господарювання майже не використовується. Пай традиційно асоціюється з земельними правовідносинами, означаючи право на земельну частку.

Учасник (член) юридичної особи – це фізична або юридична особа, яка має частку у статутному капіталі юридичної особи, яка обумовлює виникнення у неї корпоративних прав (це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні), що включають правомочності на участь особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) та активів у разі ліквідації організації, а також інші правомочності, передбачені законом і статутними документами).

Засновник юридичної особи – це учасник юридичної особи, який брав участь у формуванні первинного статутного капіталу юридичної особи. Засновниками є ті фізичні або юридичні особи, які об'єднали своє майно для досягнення певної мети за рахунок цього майна. Зазначені особи розробляють установчі документи юридичної особи, які підписуються всіма учасниками (засновниками), вчиняють інші дії, спрямовані на створення юридичної особи. На стадії створення юридичної особи жодних учасників немає, адже поняття учасника господарського товариства пов'язане зі створеною (зареєстрованою) юридичною особою; до моменту державної реєстрації дії вчиняють саме засновники.

Акціонер юридичної особи – це учасник господарського товариства, статутний капітал якого поділено на визначену кількість часток однакової номінальної вартості, корпоративні права за якими посвідчуються акціями.

Використане у ч. 1 ст. 206-2 застереження «у тому числі частки, акції, паї засновників, учасників, акціонерів чи членів» з погляду регулятивного законодавства, яке закріплює відокремленість майна юридичної особи, є некоректним, адже з цього застереження випливає, ніби частки власників (засновників) юридичної особи є її власністю. Насправді майном юридичної особи є не частки (у т. ч. акції або паї) її власників (засновників), а майно, яке вони передали у статутний фонд юридичної особи, зокрема, під час її утворення (кошти, будівлі, споруди, техніка, обладнання, нематеріальні активи тощо). Причому після цієї передачі відповідне майно стає власністю юридичної особи; особи ж, які брали участь у формуванні її статутного фонду, вважаються власниками не переданого ними майна, а майна всієї юридичної особи з урахуванням співвідношення, існуючого між внесками засновників на момент утворення юридичної особи. Це співвідношення відображається у частках (у т. ч. акціях або паях), які, своєю чергою, є специфічним різновидом майна – корпоративними правами. Тому, наприклад, у випадку продажу своїх акцій власник втрачає корпоративні права, однак майно підприємства залишається незмінним (відбувається зміна складу учасників юридичної особи). Відповідно, слова «у тому числі» є зайвими у ч. 1 ст. 206-2.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони злочин характеризується:

1) дією у вигляді протиправного заволодіння майном юридичної особи або часткою її власника шляхом вчинення правочину з використанням підробленого або викраденого документа, печатки або штампу;

2) наслідками, у т. ч. залежно від розмірів яких диференційовано кримінальну відповідальність за злочин;

3) причиновим зв'язком між дією і наслідками (матеріальний склад).

Специфіка **способу** скоєння злочину (шляхом вчинення вказаних правочинів) та особливості деяких видів майна, що є його предметом, вказують на те, що під ***заволодінням*** майном із погляду кваліфікації за ст. 206-2 слід розуміти як отримання у фактичне володіння речей, належних юридичній особі або її учаснику, так і (головним чином) набуття речових або зобов'язальних прав на майно юридичної особи або її власника.

Протиправність як ознака складу злочину має місце тоді, коли особа не мала права на отримання у фактичне володіння чужого майна або законних підстав для набуття речових або зобов'язальних прав на нього.

Правочини можуть бути як односторонніми (наприклад, заповіт, довіреність), так і дво- або багатосторонніми. Це різноманітні договори – купівлі-продажу, позики, доручення, комісії, страхування, схову, перевезення, про сумісну діяльність тощо. Під вчиненням правочину у ст. 206-2 слід розуміти як його вчинення винуватою особою, так і забезпечення (організацію) нею вчинення такого правочину іншими особами.

> *Наприклад, під час укладання договору купівлі-продажу пакету акцій акціонерного товариства представник юридичної особи – покупця акцій надає продавцю завідомо підроблені статут, витяг з Єдиного державного реєстру чи довіреність на укладання договору від імені покупця.*

Коли йдеться про ***підроблення, викрадення і використанням підроблених документів, печаток, штампів***, то не має значення, визнається викрадення вказаних предметів, які відіграють роль **засобу** вчинення цього злочину, кримінально (зокрема, статті 185, 190, 191 КК) або адміністративно (ст. 51 КУпАП) караним.

Про використання підроблених або викрадених документів, печаток або штампів із погляду кваліфікації за ст. 206-2 можна вести мову лише у разі, коли за відсутності вказаних предметів відповідний правочин не міг бути вчинений (наприклад, без викраденого документа винуватому не вдалося б підтвердити свої повноваження як представника юридичної особи).

Вчинення правочину з використанням підробленого документа (спосіб вчинення розглядуваного злочину) не потребує додаткової кваліфікації за ч. 4 ст. 358 (конкуренція частини і цілого). Водночас підроблення та викрадення документів, штампів і печаток не охоплюються об'єктивною стороною злочину, передбаченого ст. 206-2, у зв'язку з чим такі дії мають додатково кваліфікуватись за відповідними частинами статей 357, 358, 366.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 206-2, – загальний.

Вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища має кваліфікуватись за ч. 3 ст. 206-2. Цей різновид розглядуваного злочину слід відмежовувати від інших проявів заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ст. 191). У ст. 206-2 йдеться про заволодіння майном підприємства, установи, організації, яке здійснюється виключно шляхом вчинення правочинів з використанням підроблених або викрадених документів, печаток, штампів підприємства, установи чи організації. Відповідно, всі інші випадки заволодіння чужим майном службовою особою з використанням службового становища мають кваліфікуватись за ч. 2 ст. 191 (конкуренція загальної та спеціальної норми).

Якщо службова особа підприємства привласнила майно цього підприємства, яке було їй ввірене, шляхом вчинення правочину з використанням підробленого документу, то норма ст. 206-2 підлягатиме застосуванню як спеціальна. Логіку такого обмеження сфери застосування ст. 191 зрозуміти складно. Це зайвий раз показує, що ст. 206-2 в її теперішньому вигляді є непродуманою і загалом непотрібною. Позначена ситуація охоплюється частиною 3 ст. 206-2, хоча «рейдерства» не стосується, а ст. 206-2 задумувалась саме як антирейдерська. «Запровадження кримінальної відповідальності за протиправне

заволодіння майном підприємства, установи, організації стало проявом «надмірної криміналізації», яка до того ж не відображає господарсько-правову специфіку відповідної протиправної поведінки»[1].

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом: особа усвідомлює, що протиправно заволодіває майном юридичної особи або її власника, передбачає спричинення майнової шкоди власнику (законному володільцю) цього майна і бажає настання такої шкоди. Винуватий у вчиненні злочину, передбаченого ст. 206-2, має також усвідомлювати, що документи, печатки або штампи, які використовуються ним для вчинення відповідного правочину, є підробленими або викраденими. Якщо особа не усвідомлювала цього (підроблення або викрадення здійснювалось іншою особою, про що особа, яка пізніше використовувала відповідні предмети, не знала), то відповідальність за ст. 206-2 повинна виключатись. Протиправне заволодіння відповідним майном, коли особа вважає, що реалізує своє законне право, за наявності підстав може розцінюватись як самоправство (ст. 356).

Мотиви вчинення злочину можуть бути різними (корисливі спонукання, бажання усунути чи послабити конкурента, кар'єризм тощо) і на кваліфікацію дій за ст. 206-2 не впливають.

Кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 2 ст. 206-2) є: повторність; вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб; з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень; поєднання з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я, або з пошкодженням чи знищенням майна.

Про поняття повторності див. ст. 32 КК, групи осіб за попередньою змовою – ст. 28 КК.

Законодавче виокремлення таких кваліфікуючих ознак, як погроза вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, а також поєднання з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я, не узгоджується зі змістом діяння, описаного в ч. 1 ст. 206-2 (своєрідне шахрайство).

Особливо кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 3 ст. 206-2) є: вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища; заподіяння великої шкоди або спричинення інших тяжких наслідків.

Поняття ***великої шкоди*** визначене у примітці до ст. 206-2.

Поняття «***інші тяжкі наслідки»*** є оціночним. До таких наслідків з урахуванням однорідності (однотипності) відповідних наслідків можуть бути віднесені, наприклад, банкрутство юридичної особи, втрата нею ділової репутації (настільки, що суб'єкту господарювання довелося змінювати сферу своєї діяльності), звільнення більшості кваліфікованого персоналу підприємства.

Розмежування з іншими складами злочинів.

Можливі прояви поведінки, зазначені в ч. 1 ст. 206-2, на момент включення цієї статті в КК охоплювались положеннями відповідних кримінально-правових норм – передусім статей 190, 191, 357 і 358. Заволодіння майном шляхом вчинення правочинів з використанням підроблених або викрадених документів, печаток чи штампів є одним із різновидів шахрайства. Тобто доповнення КК статтею 206-2, не дивлячись на задекларовану авторами відповідної законодавчої ініціативи спрямованість останньої на недопущення використання схем і методів протиправного поглинання та захоплення підприємств, є підстави розцінити як прояв надмірної криміналізації.

Із зазначеного і слід виходити при відмежуванні цього злочину від суміжних.

1.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 206-2 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Тема протиправного захоплення та поглинання підприємств актуальна для України з моменту проголошення її незалежності. Причинами цього явища стало багато негативних факторів, до яких, насамперед, належать недосконалість вітчизняного законодавства та високий рівень корупції в країні. Хоча держава намагається вживати необхідних заходів з протидії протиправному захопленню підприємств, однак це питання досі залишається проблемним. Перерозподіл власності

[1] Титаренко С.С. Кримінальна відповідальність за протиправне захоплення суб'єктів господарювання: дис. … канд. юрид. наук. Дніпро, 2018. С. 23

притаманний усім країнам з ринковою економікою. На сьогодні найгострішою проблемою розвитку та функціонування економіки є поширення процесів незаконного привласнення чужого бізнесу (рейдерство). Через практику рейдерських захоплень пройшла економіка більшості розвинених країн світу, страждають від неї й країни, що розвиваються, зокрема Україна. Значна частина рейдерських схем реалізується шляхом внесення недостовірних даних до Єдиного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців щодо зміни складу учасників товариств або призначення нового директора. У багатьох рейдерських атаках використовуються підроблені документи, що містять печатку підприємства, виготовлення якої можна порівняно легко замовити.

Статистика рейдерських захоплень, за офіційними даними Генпрокуратури зростає. 1690 рейдерських атак за 5 років, з них — 654 випадки у 2018 р[1]. Однак станом на січень 2019 року у Єдиному реєстрі досудових розслідувань наявний тільки один вирок за ч. 2 ст. 206-2, що свідчить про складність розслідування таких справ органами досудового розслідування.

Розглянемо типові ситуації, які виникають під час розслідування протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації вчинене службовою особою з використанням службового становища.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 206-2 КК, отримані під час здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Проведення оперативно-розшукових заходів та в подальшому негласних слідчих дій можливе тільки у випадку, коли цей злочин вчиняється службовою особою (ч. 3 ст. 206-2).

Ті, що виникають на початковому етапі оперативно-розшукової діяльності типові оперативні ситуації, утворюють низку вихідних даних, що відносяться до відомостей про вчинення протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації. Завданням же оперативного працівника є визначення в кожному конкретному випадку реальної типової ситуації і формулювання завдань з позиції встановлення подальшої можливої картини злочину.

Зібрана на початковому етапі розслідування інформація дозволяє оперативному співробітнику визначити можливий характер злочину, його природу і виробити програму дій, спрямованих на оперативне документування злочинної діяльності в кожному випадку кримінальної атаки на юридичну особу. Аналіз оперативних ситуацій, що виникають при протиправному заволодінні майном підприємства дозволяє виокремити наступні типові ситуації – за джерелом отримання первинної інформації про злочин:

1) отримання заяви від потерпілої сторони;

2) публікації та повідомлення засобів масової інформації;

3) отримання повідомлень від державних органів;

4) отримання повідомлень від негласних співробітників;

5) оперативна інформація з інших підрозділів поліції або інших правоохоронних органів;

6) анонімні повідомлення.

В переважній більшості випадків оперативно-розшукові заходи починають проводитися після отримання заяви потерпілого, однак такі заяви надходять від потерпілого, як правило, після вчинення злочину, що ускладнює проведення оперативно-розшукових заходів. На момент надходження заяви рейдери вже заволоділи майном підприємства і перепродають його ланцюжку «добросовісних набувачів». Тому, навіть в разі успішного документування злочинної діяльності та подальшого внесення відомостей в ЄРДР, негайне вжиття заходів щодо недопущення відчуження майна підприємства стає проблемним, оскільки арешту підлягає майно, яке вже перебуває у власності «добросовісних набувачів».

В зв'язку з цим, роботу оперативних підрозділів треба спрямувати на виявлення злочинів шляхом:

- отримання співробітниками правоохоронних органів інформації від негласних співробітників про підготовку або здійснення протиправного заволодіння майном підприємства;

- встановлення ознак підготовки протиправного заволодіння майном підприємства та подальшої оперативно-розшукової роботи з документування злочину;

- впровадження в структури рейдерських груп позаштатних працівників правоохоронних органів

[1] https://kurkul.com/news/13878-na-agrosektor-vidbulosya-654-reyderski-ataki-u-2018-rotsi.

або негласних співробітників, своєчасного отримання від них інформації про підготовку до вчинення протиправного заволодіння майном підприємства, його документування та припинення на цій стадії.

При встановленні цих та інших ознак оперативні працівники проводять **оперативно-розшукові заходи**, спрямовані на встановлення замовника і виконавців рейдерських захоплень, для чого проводиться весь комплекс ОРЗ, в першу чергу таких, як зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, спостереження за особою та місцем, аудіо-відеоконтроль місця та інші.

Після отримання заяви від потерпілого про вчинення протиправного заволодіння майном підприємства оперативні працівники проводять такі оперативно-розшукові заходи:

- встановлення підставних осіб, від імені яких було подано заяви про внесення змін до реєстраційних документів;
- отримання, вивчення і аналіз реєстраційних та інших документів (реєстр акціонерів, установчі документи, протоколи зборів акціонерів, накази, інші документи фінансово-господарської діяльності підприємства);
- дослідження документів на предмет виявлення підроблених підписів і печаток;
- встановлення складу і структури рейдерських груп;
- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж;
- спостереження за особою та місцем;
- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння, в яких розташовується організація-рейдер;
- проведення опитувань з метою перевірки та аналізу отриманої інформації.

У повному обсязі повинен проводитися комплекс ОРЗ стосовно керівників юридичних осіб та фізичних осіб, які стають засновниками товариств в результаті реєстрації підроблених статутних та установчих документів, а також осіб, які набули право власності на об'єкти нерухомості в результаті протиправного заволодіння майном підприємства. Проведення даних ОРЗ потрібно для встановлення механізму незаконного заволодіння майном та перереєстрації підприємств.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 206-2 КК, отримані внаслідок надходження заяви від потерпілого.

Як правило, потерпілі заявляють про вчинення незаконного заволодіння майном через певний час, що значно ускладнює встановлення підозрюваних і вирішення питання про повернення захопленого майна, особи, які вчинили заволодіння, як правило, переховуються, щодо майна укладаються подальші угоди для його легалізації, і воно, вже на законних підставах, може перебувати у власності інших осіб – добросовісних набувачів. Тому велике значення має негайне внесення відомостей в ЄРДР і вжиття заходів до недопущення вчинення в подальшому угод з таким майном.

Заволодіння майном підприємства за допомогою підроблених документів полягає у незаконному придбанні права власності на нього, а єдиним підтвердженням права власності на нерухоме майно є державна реєстрація зазначеного права, а права на акції – внесення відповідних зміни до реєстру акціонерів, права на частки – внесення змін до установчих документів товариства.

Комплекс дій слідчого на початковому етапі розслідування можна об'єднати в такі групи:

1) вивчення нормативно-правових актів, що регламентують порядок внесення змін до установчих документів товариств, укладання угод з його акціями (частками), майном, порядок державної реєстрації речових прав на майно;

2) організація взаємодії оперативних підрозділів зі слідчим;

3) проведення криміналістичних експертиз;

4) проведення негласних слідчих (розшукових) дій з метою встановлення кола співучасників та осіб, які їм сприяли у вчиненні злочину.

Першочерговою слідчою дією є проведення **допитів** директора підприємства (як колишнього, так і новопризначеного), головного бухгалтера, а також працівників підприємства з наступних питань:

- що їм відомо з приводу зміни керівництва підприємства, зміни його місця реєстрації, заволодіння майном, частками, акціями, паями засновників, учасників, акціонерів чи членів юридичної особи;
- чи виявляв хто-небудь з акціонерів (засновників), працівників підприємства, сторонніх осіб інтерес до установчих і бухгалтерських документах товариства, місцезнаходження реєстру акціонерів, печатки товариства?
- чи не було випадків несанкціонованого доступу до комп'ютерної техніки, де зберігаються основні дані бухгалтерського обліку;

- чи не було фактів втрати, викрадення установчих, бухгалтерських документів, печатки товариства;

- чи не було випадків спрацювання на підприємстві засобів охоронної сигналізації;

- чи не приходили останнім часом на підприємство з перевірками представники правоохоронних та контролюючих органів, які б цікавилися реєстром акціонерів, установчими документами, основними господарськими договорами, включаючи кредитні, відомостями про основних постачальників і покупців продукції;

- чи не вилучалась будь-яка документація правоохоронними органами;

- чи не було серед акціонерів (засновників, працівників) підприємства осіб, що висловлюють невдоволення керівництвом підприємства чи розподілом прибутків (дивідендів);

- чи не було не було випадків звернення міноритарних акціонерів до контролюючих органів із заявами про перевірку діяльності підприємства;

- чи не було випадків надходження акціонерам (засновникам) підприємства пропозицій про продаж пакета акцій (часток);

- чи не було фактів ініціювання проведення позачергових загальних зборів акціонерів (засновників) щодо переобрання керівництва товариства;

- чи не було фактів активної скупки акцій (часток) товариства однією або декількома компаніями-конкурентами або компаніями, що спеціалізуються на «рейдерських» захоплень;

- що особа може пояснити відносно справжності підпису генерального директора і відбитка печатки товариства на юридично значимих документах.

Після допиту цих осіб обов'язково треба допитати осіб, які вчиняли реєстраційні дії щодо захопленого майна (державних реєстраторів, нотаріусів і т.п.). Під час їх допиту необхідно встановити, хто з'являвся для вчинення реєстраційної дії, які документи подавав, чи не виникали сумніви щодо справжності документів, чи проводилась перевірка наявності обтяжень на майно, чи проводились в подальшому реєстраційні дії щодо майна цього підприємства.

Подальшими слідчими діями є отримання ухвали слідчого судді на **тимчасовий доступ до речей і документів** та проведення на її підставі виїмки установчих документів підприємства, протоколів зборів акціонерів та інших необхідних документів, які надали можливість заволодіти майном підприємства.

Після виїмки документів проводиться їх **огляд**, з метою виявлення ознак підробки та явних протиріччя між окремими документами.

З метою виявлення підробки необхідне проведення криміналістичних **експертиз** документів та почеркознавчих експертиз. Важливим етапом перед призначенням експертизи є **збір зразків** для порівняльного дослідження. Зокрема, слідчому необхідно отримати:

- зразки підписів і почерку засновників, керівників та інших представників підприємства, які мають право підпису документів (у т.ч. на підставі довіреностей);

- відбитки печаток, штампів підприємства, що діяли на період заволодіння його майном.

Потім проводиться дослідження документів на предмет встановлення ознак їх підробки (з використанням отриманих зразків почерку та підписів), а також дослідження відбитків штампів і печаток, що містяться на документах (з використанням отриманих зразків відбитків печаток і штампів).

Після встановлення факту, що заволодіння майном підприємства дійсно мало місце, потрібно негайно вжити заходів до недопущення відчуження майна підприємства, у т.ч. цінних паперів, які вже стали предметом злочинного посягання, а також обладнання, техніки, будівель і споруд, для чого, за погодженням з прокурором, звернутися до слідчого судді з клопотанням про накладення **арешту на** зазначене **майно** в порядку ст. 170 КПК. Ці заходи необхідно також здійснити щодо компанії або декількох компаній, на користь яких було здійснено незаконне відчуження цінних паперів. Один примірник постанови про накладення арешту потрібно вручити представнику самої юридичної особи, а інший примірник керівникові органу, який здійснює реєстрацію прав на нерухоме майно.

За наявності достатніх доказів мають бути проведені допити підозрюваних та вирішено питання про застосування до них **запобіжних заходів**. Якщо є загрози, що підозрювані можуть не з'явитися за викликом або ухилятися від слідства, слідчий має право звернутися із клопотанням про дозвіл на затримання підозрюваного з метою його приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Після такого затримання підозрюваного важливим є **огляд вилучених** у нього **документів та мобільних телефонів**. Мобільні телефони, на яких виявлено інформацію, що має доказове значення, визнаються речовими доказами і долучаються до матеріалів кримінального провадження. Проведення слідчим огляду мобільних телефонів та інших мобільних пристроїв (навігаторів, планшетів і т.д.) доцільно проводити із застосуванням універсального пристрою вилучення інформації «UFED»[1], за допомогою якого вся необхідна інформація може бути знята віддалено.

Після встановлення особи підозрюваного прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить допит підозрюваного. Під час допиту потрібно встановити час і спосіб вчинення злочину, мотиви особи, наявність співучасників, яким чином підозрюваний вчинив заволодіння майном.

Після проведення вказаних дій слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

1.5. Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем військового майна, заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410 КК) *(М. Хавронюк)*

Об'єкт і предмет злочину. Потерпілий.

Злочин, передбачений ст. 410, посягає водночас на кілька **об'єктів**: порядок несення військової служби і право власності, а також – альтернативно – на громадську безпеку, безпеку руху та експлуатації транспорту, здоров'я населення, авторитет органів державної влади. Тому незаконне заволодіння військовим майном не потрібно додатково кваліфікувати за статтями 185–187, 189–191, а також статтями 262, 278, 289, 308, 312, 313, 357 – в усіх тих випадках, коли предметами військового майна є вогнепальна зброя, боєприпаси, вибухові речовини, вибухові пристрої, радіоактивні матеріали, залізничний рухомий склад, повітряні, морські, річкові судна, транспортні засоби, наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги, прекурсори, обладнання, призначене для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, документи, штампи, печатки.

Факультативним додатковим об'єктом злочину можуть бути, у т.ч. одночасно: нормальний порядок здійснення службової діяльності, життя чи здоров'я особи. Це означає, що заподіяння певного ступеню шкоди нормальному порядку здійснення службової діяльності (у випадку вчинення відповідного діяння військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем) та життю чи здоров'ю особи (у випадку вчинення розбою з метою заволодіння військовим майном) охоплюються ч. 2 або ч. 4 ст. 410 і не потребують додаткової кваліфікації за іншими статтями КК, зокрема за статтями 121, 122, 125, 129, 364, 426.

Предметом злочину є:

1) зброя. У ст. 410 поняття ***зброя*** охоплює всі можливі види зброї, які належать до військового майна і можуть використовуватися військовослужбовцями різних військових формувань під час виконання обов'язків з військової служби (зокрема для ураження живої цілі).[2]

Не визнаються зброєю в розумінні ст. 410: сигнальні, стартові, будівельні, газові пістолети (револьвери); пристрої для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії; ракетниці, вибухові пакети та інші імітаційно-піротехнічні та освітлювальні засоби, які не містять вибухових речовин і сумішей та не здатні до вибуху; навчальна зброя; мисливська зброя; предмети, які визнаються законодавством

---

[1] http://www.epos.ua/view.php/recovery_copy_ufed.

[2] Це: будь-яка вогнепальна зброя – артилерійська (гармати, гаубиці, міномети, пускові установки протитанкових ракет, що керуються, реактивні системи залпового вогню, реактивні бомбомети, реактивні торпедні апарати тощо) та стрілецька (автомати, кулемети, револьвери, пістолети, пістолети-кулемети, гвинтівки, карабіни), а також гранатомети; інші звичайні засоби ураження, зокрема мінна та запалювальна зброя; ядерна, хімічна, біологічна, лазерна, інфразвукова, радіологічна та інші види зброї масового знищення, у т.ч. нові їхні види (скажімо, зброя об'ємного вибуху); холодна зброя – предмети, які відповідають стандартним зразкам такої зброї, справляють колючий, колюче-ріжучий, рубаючий, роздроблюючий або ударний ефект і конструктивно призначені для ураження живої цілі за допомогою м'язової сили людини або дії механічного пристрою (наприклад, багнет, кортик, шашка); газова зброя нервово-паралітичної дії; вибухова зброя (вона охоплюється поняттями «вибухові або інші бойові речовини» або «бойові припаси»).

України спеціальними засобами, у т.ч. ті, що застосовуються військовослужбовцями ВСПЗС (гумові кийки, ручні газові гранати тощо); службові собаки. Утім, незаконне заволодіння такими предметами може кваліфікуватися за ст. 410 як заволодіння іншим військовим майном.

Зброя може бути виготовлена заводським або іншим способом, знаходитись на озброєнні військових формувань або бути знятим з нього та з виробництва, бути повністю справною або мати дефекти, які не впливають на її бойові властивості.

Незаконне заволодіння завідомо несправною зброєю (наприклад, навчальною) і приведення її в придатний до використання за призначенням стан необхідно кваліфікувати за статтями 410 і 263 як заволодіння військовим майном та незаконне виготовлення вогнепальної зброї. Так само мають кваліфікуватися дії винного й у разі, коли для виготовлення придатної до використання зброї частина деталей була ним викрадена, а решта виготовлена самостійно чи придбана будь-яким іншим чином;

2) ***бойові припаси*** – артилерійські, реактивні снаряди, бойові частини ракет і торпед, патрони до військової стрілецької зброї, гранати, авіаційні і глибинні бомби, інженерні і морські міни, підривні заряди, димові шашки та інші вироби в зібраному вигляді, споряджені вибуховою речовиною і призначені для стрільби з вогнепальної зброї чи для вчинення вибуху.

Боєприпасами мають визнаватися й імітаційно-піротехнічні вироби, освітлювальні засоби та вибухові пакети, які містять речовини, здатні до вибуху (тротил, гексоген, тетрил), і можуть бути приведені до дії без додаткових пристосувань, а також вибухові прилади кустарного виготовлення. Проте боєприпасами не визнають навчальні та холості гранати, бомби, міни, а також стріли до арбалету чи подібних до нього видів холодної зброї (останні є складовою частиною такої зброї).

Викрадення складових частин, деталей чи вузлів, комплект яких дає змогу виготовити придатні до використання зброю чи бойові припаси, слід розцінювати як закінчений злочин і кваліфікувати за ст. 410 як незаконне заволодіння зброєю (бойовими припасами);

3) вибухові або інші бойові речовини. ***Вибухові речовини*** – це хімічні сполуки чи суміші, здатні під впливом зовнішнього імпульсу до самопоширення з великою швидкістю хімічної реакції з утворенням газоподібних продуктів та виділенням тепла: порох, динаміт, тротил, нітрогліцерин та інші хімічні речовини, їхні сполуки або суміші, здатні вибухнути без надходження кисню. Отже, засоби ініціювання, тобто зовнішні джерела імпульсу для здійснення вибуху (наприклад, вогнепровідні та детонаційні шнури, електродетонатори, капсули-детонатори, запалювальні трубки), законодавством до вибухових речовин не відносяться. За умови, що вони призначені для вчинення вибуху, їх можна віднести до боєприпасів.

Крім вибухових, до ***інших бойових речовин*** можна віднести бойові отруйні речовини – сполуки, що використовуються для спорядження хімічних (фосген, іприт, зарін, зоман тощо) та біологічних боєприпасів (біологічні агенти), частину так званих виробів спецхімії (піротехнічні суміші, ракетні палива та вироби на їх основі) тощо.

Основною характерною ознакою зброї, бойових припасів, вибухових речовин є їх призначення – ураження живої цілі, знищення чи пошкодження оточуючого середовища;

4) засоби пересування;

5) військова та спеціальна техніка. Поняття «***військова та спеціальна техніка***» частково охоплює собою поняття «зброя», «бойові припаси» і «***засоби пересування***». Останнє ж є юридичним синонімом поняття «транспортні засоби» і означає механічні пристрої, обладнані двигуном і призначені для перевезення людей або вантажу, у т.ч. ті, на яких встановлено спеціальне обладнання або механізм, або для виконання спеціальних функцій (будівельних, ремонтних, медичних тощо), а також причепи та напівпричепи до них. У військових формуваннях до них належать призначені для використання при безпосередньому виконанні бойових і спеціальних завдань, зокрема: а) транспортні машини: легкові та вантажні автомашини, автобуси, мотоцикли; б) спеціальні машини: автокрани, грейдери, трактори, бульдозери, санітарні машини, пересувні ремонтні майстерні; в) бойові машини: танки, броньовики, самохідні установки, машини з пересувними командними пунктами; г) відомчий залізничний рухомий склад; д) відомчий повітряний транспорт: гелікоптери, літаки, планери, аеростати; е) підводні човни, авіаносці, крейсери, міноносці, катери та інші військові кораблі, машини-амфібії, плавучі бази, буксири, баржі тощо;

6) інше військове майно. Предметом злочину, передбаченого ст. 410, є лише такі види зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки, які належать до військового майна. Крім зазначених предметів, до ***іншого***

військового майна можна віднести апаратуру керування вогнем, засоби зв'язку, спеціальну техніку інженерних військ і військ радіаційно-хімічного і біологічного захисту, спеціальне електронне, броньоване, захисне обладнання, спеціальні й індивідуальні засоби захисту від зброї масового знищення, пально-мастильні матеріали, продовольство, аеродромне, шкіперське, речове, культурно-просвітницьке, медичне, ветеринарне, хімічне, інженерне майно тощо.

До військового майна також можуть належати будь-які інші речі (сукупність речей), що відповідають визначеному у ЦК поняттю «майно»: а) гроші у національній та іноземній валюті, призначені для здійснення товарних відносин з іншими суб'єктами, а також фінансових відносин відповідно до законодавства; б) цінні папери, майнові чи інші відчужувані права та обов'язки, що мають грошову оцінку (зокрема кредити); в) так звані основні фонди – будинки, споруди, устаткування та інше майно тривалого використання; г) оборотні засоби – сировина, паливо, матеріали тощо; д) товари у складі майна, зокрема вироблена продукція (товарні запаси).

Взагалі ***військове майно*** – це державне майно, закріплене за військовими частинами, закладами, установами та організаціями. Військове майно закріплюється за військовими частинами, закладами, установами та організаціями ЗС та інших військових формувань на праві оперативного управління, а також може потрапити в їхню власність або розпорядження в результаті ведення ними господарської діяльності: виробництва продукції, виконання робіт і надання послуг, ведення підсобних господарств, отримання в оренду певних видів рухомого та нерухомого майна тощо.

Заволодіння військовою службовою особою шляхом зловживання своїм службовим становищем майном, яке не є військовим майном, кваліфікується за частинами 2–5 ст. 191.

Предметом шахрайства і вимагання, передбачених ст. 410, є не тільки військове майно, а й право на нього, а предметом вимагання, крім того, і будь-які дії майнового характеру.

За конструкцією складу, предметом злочину, якщо він вчинений у формі розбою або у формі вимагання, обтяженого насильством, небезпечним для життя та здоров'я потерпілого (ч. 4 ст. 410), «інше військове майно» не є – в цих випадках предметом злочину є виключно зброя, бойові припаси, вибухові чи інші бойові речовини, засобі пересування, військова та спеціальна техніка. Тому розбій з метою заволодіння іншими видами військового майна, крім прямо названих в ч. 4 ст. 410, слід кваліфікувати за ст. 187 або за ч. 3 ст. 262 (щодо радіоактивних матеріалів), за ч. 3 ст. 308 (щодо наркотичних засобів, психотропних речовин або їхніх аналогів) чи ч. 3 ст. 313 (щодо обладнання для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їхніх аналогів), а вимагання інших видів майна, крім перелічених у ч. 4 ст. 410, поєднане з насильством, небезпечним для життя та здоров'я потерпілого, – за ч. 3 ст. 189 або, відповідно, за ч. 3 ст. 262, ч. 3 ст. 308 чи ч. 3 ст. 313.

Захоплення державних будівель чи споруд, що забезпечують діяльність військових установ, які є органами державної влади, з метою незаконного користування ними або перешкоджання нормальній роботі підприємств і установ, кваліфікується не як розбій з метою заволодіння військовим майном, а за ст. 341, а якщо такі дії посягають на основи національної безпеки України і полягають у перешкоджанні законній діяльності ЗС чи іншого військового формування в особливий період – за ст. 114-1. Водночас незаконне заволодіння земельними ділянками, іншим нерухомим майном або правом на таке майно шляхом шахрайства і вимагання, а також шляхом зловживання службовим становищем цілком можливо – і такі дії можуть бути кваліфіковані за ст. 410. Предметом вимагання військового майна можуть бути також будь-які дії майнового характеру.

Потерпілим від викрадення військового майна шляхом грабежу, вимагання, розбою (тобто коли злочин вчинюється із застосуванням насильства) може бути як військовослужбовець, так і цивільна особа (зокрема службова, матеріально-відповідальна особа, особа, яка виконує обов'язки з несення вартової чи внутрішньої служби тощо), а в інших випадках – юридична особа (зокрема військова частина, установа) або держава.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони цей злочин характеризується діянням (діями) у таких формах:

1) викрадення військового майна. Терміном «***викрадення***» охоплюється вилучення військового майна шляхом крадіжки і грабежу.

> *Згідно з вироком Рубіжанського міського суду Луганської області, молодший сержант ОСОБА_2, зірвавши вночі навісний замок на вхідних дверях бліндажу, що розташований на території дислокації військової частини в с. Кримське Новоайдарського району, проник до приміщення*

кімнати, призначеної для зберігання зброї, і таємно викрав автомат моделі «АКМ-ТК» з патронами, після чого виніс викрадений автомат з території військової частини. Очевидно, що ОСОБА_2 вчинив викрадення автомата, але суд помилково оцінив його дії як привласнення військовослужбовцем зброї, бойових припасів[1].

В іншій справі дії командира танкової роти капітана ОСОБА_1 були кваліфіковані судом за ч. 2 ст. 410 КК – як привласнення військового майна військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем та викрадення військового майна, що заподіяли істотну шкоду. За обставинами справи, ОСОБА_1 заволодів шляхом зловживанням своїм службовим становищем ввіреним йому військовим майном – приладами нічного бачення ТВН-5 – та вчинив викрадення таких же приладів в інших підрозділах військової частини, обернув їх на власну користь, реалізував, а отриманими коштами розпорядився на власний розсуд[2].

При цьому в інших підрозділах двоє відповідальних осіб зберігали прилади нічного бачення у бойових машинах «Булат», що знаходились у сховищах парку військової частини, а доступ до них мали лише військовослужбовці, які за своїми службовими обов'язками зобов'язані обслуговувати військове майно бронетанкової служби військової частини, у т.ч. капітан ОСОБА_1; третя відповідальна особа зберігала частину приладів нічного бачення у бойових машинах «Булат», що знаходились у сховищах парку військової частини, а частину – у своїй службовій металевій шафі у сховищі парку військової частини, яка на замок не зачинялась.

У цьому випадку заволодіння ввіреним винній особі майном суд кваліфікував як його привласнення із зловживанням службовим становищем, а заволодіння аналогічним майном, яке не було цій особі ввірене, – як його викрадення, причому без зловживання службовим становищем (у другому випадку дії винної особи кваліфіковані також за ч. 2 ст. 410, очевидно, за ознакою настання істотної шкоди; за її відсутності, можливо, суд постав би перед необхідністю кваліфікації цих дій за ч. 1 ст. 410). Проте, на нашу думку, ОСОБА_1 отримала можливість заволодіти майном, яке не було їй ввірене, виключно завдяки своєму службовому становищу (ні цивільні особи – загальний суб'єкт, ні будь-які інші військовослужбовці, які не мали доступу до сховищ парку бойової техніки, не змогли б вчинити ці злочини). Тому ОСОБІ_1 треба було інкримінувати не просто викрадення військового майна, а його викрадення, вчинене шляхом зловживання службовим становищем (таким зловживанням є використання службового становища, яке полегшило проникнення до військового майна).

В іншій справі суд помилково кваліфікував дії обвинуваченого ОСОБА_2 за ч. 2 ст. 410 (крім того, за ч. 2 ст. 366 КК) як викрадення військового майна із зловживанням службовим становищем, що заподіяло істотну шкоду, у той час як дії ОСОБА_2 треба було кваліфікувати, хоча і за ч. 2 ст. 410, але як привласнення військового майна із зловживанням службовим становищем, що заподіяло істотну шкоду.

За обставинами справи, ОСОБА_2 – начальник фінансово-економічної служби – головний бухгалтер військової частини, підготував позовні заяви до військової частини та підписав їх від імені двох її колишніх військовослужбовців про відшкодування ними шкоди як компенсацію за піднайом житла та компенсації за не отриманий продовольчий пайок на загальну суму 979123 грн. В подальшому ОСОБА_2 особисто подав до Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області для розгляду ці позовні заяви, а також підготував і подав до суду заяви від імені командування військової частини про розгляд справи без участі представника частини і заяви аналогічного змісту від імені колишніх військовослужбовців. Після того, як рішенням Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області, на підставі представлених ОСОБА_2 документів, у яких містились завідомо неправдиві відомості, позови були задоволені, ОСОБА_2 підготував платіжні доручення, включивши виплати за судовим рішенням на користь зазначених двох військовослужбовців, і подав до ПАТ «Укрсоцбанк» через електронну пошту з підтвердженням електронним ключем разом із платіжними дорученнями список осіб, яким призначені відповідні грошові виплати, зазначивши при цьому реквізити свого карткового рахунку ПАТ «Укрсоцбанк» для зарахування грошових коштів, належних до виплати за судовими рішеннями на користь згаданих двох військовослужбовців. В наступному на картковий рахунок ОСОБА_2, відкритий у ПАТ «Укрсоцбанк» було перераховано грошові кошти у загальній сумі 979123 грн., які він одержав в касі ПАТ «Укрсоцбанк»[3]*;*

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76044253.

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/37514347; http://reyestr.court.gov.ua/Review/38888022

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38004015.

2) привласнення військового майна. Оскільки розтрата як форма цього злочину законом не передбачена, то за розтрату військового майна відповідальність військовослужбовця має наставати за ст. 191, а за викрадення води, електричної або теплової енергії (якщо вони видом військового майна) шляхом її самовільного використання, що завдало значної шкоди, – за ст. 188-1.

За ч. 1 ст. 410 привласнення військового майна кваліфікується виключно у випадках, коли воно привласнене військовослужбовцем, що не є військовою службовою особою.

> *Саме як привласнення іншого військового майна суд правильно розцінив дії солдата ОСОБА_3: у грудні 2017 року йому було видано дальномір «Leica Rangermaster 1600-B», який він у лютому 2018 року здав до ломбарду та отримав грошові кошти, які витратив на власні потреби*[1].

Якщо ж військовослужбовець є військовою службовою особою, таке привласнення кваліфікується за ч. 2 ст. 410.

> *Красногвардійський районний суд м. Дніпропетровська правильно кваліфікував дії ОСОБИ_2 за ч. 2 ст. 410 КК як привласнення іншого військового майна, вчинене військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем. За обставинами справи, начальник фінансової служби військової частини ОСОБА_2 щомісячно отримуючи від свого помічника в електронному вигляді розрахунково-платіжні відомості щодо зарахування коштів робітникам, службовцям та особовому складу військової частини, роздруковував достовірний варіант вказаних розрахунково-платіжних відомостей, на яких ставив власний підпис, підписував вказані відомості у командира військової частини та скріплював печаткою вказаної військової частини, а надалі в електронний варіант вказаних відомостей умисно вносив завідомо неправдиві відомості про суми нарахованого військовослужбовцям грошового забезпечення, а також безпідставно вносив відомості про завищення грошового забезпечення військовослужбовцям та зарахування вказаних грошових коштів на свій особистий рахунок та рахунок третіх осіб. Після цього ОСОБА_2 вказані розрахунково-платіжні відомості в електронному вигляді через програму «Приват24» направляв до установи ПАТ КБ «Приватбанк» для зарахування грошових коштів на карткові рахунки військовослужбовців та робітників. В такий спосіб ОСОБА_2 протягом двох років привласнив грошові кошти військової частини на загальну суму 68192 грн*[2].
>
> *Аналогічний підхід щодо кваліфікації застосовано судом і в іншій схожій справі*[3]*, де помічник командира батальйону з фінансово-економічної роботи – начальник фінансово-економічної служби військової частини лейтенант ОСОБА_2 привласнив військове майно – грошові кошти військової частини, виділені Вінницьким обласним військовим комісаріатом на виплату грошового забезпечення та винагороди за участь в проведенні Антитерористичної операції військовослужбовцям військової частини на загальну суму 213000 грн. За обставинами справи, з метою своєчасного грошового забезпечення військовослужбовців військової частини, які несуть службу в зоні проведення Антитерористичної операції, зокрема, військовослужбовців в кількості 80 чоловік, які виявили бажання отримувати грошове забезпечення з каси військової частини, було визначено спосіб доставки грошових коштів до місця дислокації військової частини для проведення виплат – шляхом їх перерахування на картковий рахунок ОСОБА_2, який в подальшому, оприбуткувавши кошти у військовій частині, мав провести виплату коштів особовому складу батальйону згідно з роздавальними відомостями з каси. Після того, як грошові кошти в розмірі 403435 грн. були перераховані Головним управлінням Державної казначейської служби України у Вінницькій області через ПАТ КБ «ПРИВАТБАНК» на картковий рахунок ОСОБА_2, він, з метою особистого збагачення, з банківської картки, зареєстрованої на його ім'я, використовуючи інтернет платіжну систему «LiqPay», за допомогою власного мобільного телефону перерахував частину цих коштів на свій рахунок в онлайн букмекерській конторі «ПариМатч», а частиною коштів іншим чином розпорядився на власний розсуд (погасив прострочене кредитне зобов'язання перед «ПриватБанк», погасив кредит в банку «Райфайзен Банк Аваль»; сплатив заборгованість по аліментах; віддав борг знайомому та придбав автомобіль BMW), загалом привласнивши 213000 грн.*

Проте, в іншій справі Шевченківський районний суд м. Запоріжжя помилково розцінив практично такі самі дії військової службової особи, яка проходила службу на посаді бухгалтера і помічника

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77598365.

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/43656252.

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/43656252.

начальника фінансової служби, як вчинене із зловживанням своїм службовим становищем викрадання військового майна (бюджетних коштів)[1].

> *ОСОБА_3 дев'яносто один раз вчинила діяння за такою схемою: склала завідомо неправдивий офіційний документ – відомість перерахування грошових коштів на карткові рахунки військовослужбовців військової частини у паперовому виді, до якої внесла завідомо неправдиві відомості – безпідставно завищену суму, яка підлягає зарахуванню на картковий рахунок, складений завідомо неправдивий офіційний документ надала на підпис начальнику фінансової служби та командиру військової частини, які не були обізнані про протиправні наміри підлеглої та не перевіряючи підписали його, після цього склала завідомо неправдивий офіційний документ – відомість перерахування грошових коштів на карткові рахунки військовослужбовців військової частини в електронному виді, до якої внесла завідомо неправдиві відомості – безпідставно завищену за рахунок створеного складанням паперової відомості надлишку коштів, який підлягає зарахуванню на її, ОСОБА_3, картковий рахунок. Після того, як в наступні дні зазначені завідомо неправдиві офіційні документи представником військової частини було подано до відділення банку, а його працівниками на підставі складеного та виданого ОСОБА_3 завідомо неправдивого офіційного документу – зазначеної відомості в електронному виді на вказаний картковий рахунок ОСОБА_3 зараховувались бюджетні кошти, якими вона заволодівала та розпоряджалась на власний розсуд. Таким чином, вказаними діями, вона, як військова службова особа, із зловживанням своїм службовим становищем вчинила викрадання військового майна – бюджетних коштів, призначених для виплати грошового забезпечення військовослужбовцям військової частини на загальну суму 1420353 грн. Також ОСОБА_3 за викладених вище обставин своїми умисними діями вчинила службове підроблення, а саме складання й видачу службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів – відомостей перерахування грошових коштів на карткові рахунки військовослужбовців військової частини (усього 91 відомість) відомості перерахування грошової допомоги на оздоровлення на карткові рахунки військовослужбовців військової частини у паперовому та електронному вигляді, видаткового касового ордеру, що спричинило тяжкі наслідки – викрадання бюджетних коштів на загальну суму 1420353 грн.;*

3) вимагання військового майна;

4) заволодіння ним шляхом шахрайства (ч. 1 ст. 410). У випадках заволодіння військовим майном шляхом шахрайства, вчиненого військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем, діяння слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 410.

> *Діяння, вчинене генерал-майором ОСОБА_1, Вінницький міський суд Вінницької області правильно кваліфікував за ч. 3 ст. 410 КК – як заволодіння іншим військовим майном шляхом шахрайства, вчинене військовою службовою особою в умовах особливого періоду, за ч. 4 ст. 358 КК – як використання завідомо підробленого документу та за ч. 1 ст. 366 КК – як внесення службовою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей. За обставинами справи, начальник управління – заступник начальника штаба ПС ЗС генерал-майор ОСОБА_1, будучи військовою службовою особою, яка постійно обіймає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, в умовах особливого періоду, шляхом шахрайства та використання завідомо підроблених документів, а саме рапорту про повернення з відрядження та посвідчення про відрядження, заволодів надбавкою за виконання особливо важливих завдань в розмірі 100 відсотків посадового окладу з урахуванням окладу за військовим званням та надбавки за вислугу років за період з 7 по 11 квітня 2015 р. в сумі 2109 грн. 59 коп., хоча в період з 6 по 12 квітня 2015 р. він не перебував в зоні проведення АТО.*
>
> *Аналогічні вироки були винесені тим же судом щодо начальника відділення оперативного маскування та введення в оману оперативного управління штабу Командування Повітряних Сил ЗС[2] та старшого офіцера відділу бойового управління радіотехнічних військ Командування Повітряних Сил ЗС[3].*

Схожою за своїм характером є інша справа за ч. 2 ст. 410, в якій військова службова особа вдалася до обману (фактично – шахрайства) з метою заволодіння військовим майном, але її дії були

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/43043488.

[2] Звертає на себе увагу назва посади, використовуючи яку особа вчинила злочини.

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67443766; http://reyestr.court.gov.ua/Review/65014329; http://reyestr.court.gov.ua/Review/73957609.

кваліфіковані Кам'янка-Бузьким районним судом Львівської області як викрадення іншого військового майна – грошових коштів, військовою службовою особою, поєднане із зловживанням службовим становищем. Утім, зловживання з боку командира військової частини також мало місце, так само як і службове підроблення, передбачене ст. 366 (а саме складання та видача завідомо неправдивих офіційних документів) – в частині підписання заяви про визнання позовних вимог, і використання завідомо підробленого документа, передбачене ч. 4 ст. 358, хоча сторона обвинувачення ці злочини йому не інкримінувала.

> *Перебуваючи на посаді командира військової частини, полковник ОСОБА_1 звернувся до Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області із позовною заявою до власної ж військової частини щодо відшкодування йому матеріальних збитків за піднайом житла на загальну суму 162791 грн., хоча достовірно знав, що службовим житлом він в той час був забезпечений, а розрахунок нібито завданої йому шкоди провів самостійно, без надання до суду підтверджуючих документів. З метою прийняття Мукачівським міськрайонним судом помилкового рішення на його користь, він не забезпечив реєстрацію своєї позовної заяви до військової частини у журналі реєстрації вхідних документів, без письмової згоди вищестоящого командування представив до суду особисто складену ним заяву від імені командира військової частини, вказавши у ній, що військова частина визнає позовні вимоги та просить суд розглянути адміністративний позов ОСОБА_1 без представника військової частини. На підставі поданих ОСОБА_1 документів, щодо визнання позовних вимог військовою частиною, командиром якої являвся на той час він сам, проведених безпідставних розрахунків належної до виплати компенсації та розгляду справи без участі представника військової частини, Мукачівський міськрайонний суд Закарпатської області, будучи введеним в оману, прийняв помилкове рішення про задоволення позовних вимог ОСОБА_1 у повному обсязі. В подальшому було видано виконавчий лист про накладення арешту на реєстраційний рахунок військової частини, який передано на виконання до відділу Державної виконавчої служби Кам'янко-Бузького районного управління юстиції Львівської області. Надалі, ОСОБА_1 не забезпечив оскарження рішення суду і приховав факт його прийняття від вищестоящого командування з метою унеможливлення його оскарження. Внаслідок цього управлінням державного казначейства на підставі наданих державною виконавчою службою платіжних вимог та постанов про відкриття виконавчого провадження здійснено безспірне стягнення грошової компенсації за піднайом (найм) житлових приміщень на користь ОСОБА_1 на загальну суму 162791 грн., якими він і заволодів[1];*

5) заволодіння військовим майном військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем (ч. 2 ст. 410). Якщо читати закон буквально, що частиною 2 ст. 410 передбачена відповідальність за «ті самі дії», тобто за вчинені військовою службовою особою: а) викрадення військового майна із зловживанням службовим становищем; б) привласнення військового майна із зловживанням службовим становищем (при цьому за розтрату військового майна відповідальність не встановлена); в) вимагання військового майна із зловживанням службовим становищем і г) заволодіння військовим майном шляхом шахрайства із зловживанням службовим становищем[2].

На практиці суди тлумачать поняття «викрадення» у ст. 410 і як синонім поняття «протиправне заволодіння», і як синонім поняття «заволодіння шляхом зловживання службовим становищем», що дозволяє притягувати військових службових осіб до відповідальності за цією статтею фактично незалежно від способу, за допомогою якого вони заволоділи таким майном.

> *Уманський міськрайонний суд Черкаської області засудив ОСОБУ_1 за ч. 2 ст. 410 КК за те, що остання, будучи службовою особою-заступником командира військової частини з озброєння – начальником технічної частини у військовому званні майора, та тимчасово виконуючи обов'язки командира цієї військової частини, шляхом використання своїх службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей, обернула на свою користь та використала на власний розсуд чотири одиниці антенних опор, які є військовим майном. У своєму вироку суд вказав, що ОСОБА_1, шляхом використання всупереч ст. 6 Закону «Про запобігання і протидії корупції»*

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/48920747

[2] Вважаємо це помилкою законодавця: у ч. 2 ст. 410, мало б бути зазначено – аналогічно до ч. 2 ст. 191 – про привласнення, розтрату чи заволодіння військовим майном шляхом зловживання військовою службовою особою службовим становищем. І загалом стаття 410 виглядає зайвою – з огляду на існування у КК статей 185–191, 262, 278, 289, 308, 312, 313, 357 та ін., а також п. 11 ч. 1 ст. 67.

своїх службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей всупереч інтересам служби, тобто шляхом зловживання службовим становищем, яке виразилось у використанні підлеглих і не обізнаних у його злочинних намірах військовослужбовців частини в особистих інтересах та віддання їм наказів (про проведення демонтажу на території військової частини А 2012 чотирьох одиниць антенних опор від двох станцій тропосферного зв'язку вартістю 13 400 грн., які згідно зі ст. 1 Закону «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» є іншим військовим майном, шляхом їх розрізання, завантаження на вантажний автомобіль ЗІЛ-130 та здачі в металобрухт, а також про безперешкодний в'їзд на територію частини та виїзд вказаного автомобіля), викрав з території військової частини, обернув на свою користь та використав на власний розсуд вказані чотири одиниці антенних опор, заподіявши своїми діями державі матеріальні збитки[1].

Вироком Жовтневого районного суду міста Харкова засуджено за ч. 1 ст. 366 і ч. 2 ст. 410 КК начальника Управління військових сполучень на Південній залізниці, полковника Особу_1. Досудовим розслідуванням встановлено, що ОСОБА_1, будучи військовою службовою особою, шляхом зловживання службовим становищем, вивів з обліку військової частини та вчинив викрадення іншого військового майна, а саме 484 кг бензину марки А-76, загальною вартістю 5 009 грн. Крім того, з метою приховати факт викрадення військового майна, ОСОБА_1 вніс до офіційних документів – шляхових листів та звітів по витратам пально-мастильних матеріалів автомобільною технікою – завідомо неправдиві відомості про заправлення службового автомобілю, перевірку його технічного стану та виїзду автомобілю, затвердив вказані відомості особистим підписом та гербовою печаткою Управління військових сполучень на Південній залізниці, хоча насправді технічний стан службового автомобілю не перевірявся, автомобіль паливом не заправлявся та виїзд не здійснював[2].

Подільський районний суд міста Києва засудив ОСОБА_1, визнавши його винним у тому, що він своїми умисними діями, які виразились у привласненні військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем військового майна, вчиненому повторно в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, вчинив кримінальне правопорушення, передбачене за ч. 3 ст. 410 КК. За обставинами справи, ОСОБА_1 дев'ять разів вчинив дії однакового змісту: будучи військовою службовою особою – начальником речового сховища господарчого взводу роти бойового та матеріально-технічного забезпечення військової частини, на території вказаної військової частини, діючи умисно, з корисливих мотивів, із зловживанням службовим становищем, з метою власного незаконного збагачення за рахунок держави, маючи вільний доступ до ввіреного йому майна, таємно виніс за межі військової частини альпіністське спорядження речового сховища господарчого взводу роти бойового та матеріально-технічного забезпечення – на загальну суму 77 963 грн. У подальшому реалізовував це майно через ломбард, заклавши його, а виручені грошові кошти витрачав на власні потреби[3].

ОСОБА_3 – полковник, заступник командира військової частини з тилу – начальник тилу військової частини Національної гвардії України, засуджена Саксаганським районним судом м. Кривого Рогу за ч. 1 ст. 366 і ч. 2 ст. 410 КК, за те, що вона, будучи службовою особою:

- склала офіційні документи (договір та акт виконаних послуг), внесла до них завідомо неправдиві відомості щодо здійснення ФОП поточного ремонту БРДМ, який перебував на обліку у військовій частині, на загальну суму 22 859 грн. (насправді зазначений ремонт техніки проводився патріотично налаштованими приватними підприємцями м. Кривого Рогу, безкоштовно, у якості волонтерської допомоги);

- зловживаючи своїм службовим становищем, протиправно заволоділа грошовими коштами державного бюджету на загальну суму 22 859 грн;

- зловживаючи своїм службовим становищем, діючи повторно, здійснила привласнення іншого військового майна – грошових коштів державного бюджету у сумі 198 310 грн. 60 коп. (ці кошти були перераховані військовою частиною ФОП за поставку деревини для опалення, а коли ФОП повернув кошти готівкою 198 310 грн за частково недоставлену деревину, ОСОБА_3 їх привласнив, розпорядившись на власний розсуд)[4].

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38627227

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38314442. Хоча формула кваліфікації від цього і не змінюється, але внесення неправдивих відомостей до документів у цьому випадку було способом заволодіння майном, а не способом приховування факту його викрадення.

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/61816182.

[4] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/63360688.

В останньому випадку суд, на наш погляд, помилково один з епізодів заволодіння грошовими коштами оцінив як «протиправне заволодіння» ними, а в іншому – як їх «привласнення», хоча в обох випадках йдеться про привласнення військового майна, вчинене із зловживанням службовим становищем.

> *Дії ОСОБА_1 кваліфіковано Житомирським районним судом Житомирської області як заволодіння військовою службовою особою військовим майном шляхом зловживання службовим становищем, хоча насправді йшлося про ситуацію, коли військовослужбовець вчинив привласнення військового майна, яке було йому ввірене, із зловживанням службовим становищем. За обставинами справи, ОСОБА_1 проходив військову службу на посаді старшого техніка групи підготовки та регламенту контрольно-записувальної апаратури і обробки інформації. На підставі акту прийому-передачі майна йому передано справи та ввірено майно групи (вироби). Під час інвентаризації цього майна його нестач не виявлено. Обізнаний із результатами інвентаризації, ОСОБА_1 в силу службового становища достовірно знав про місце зберігання виробів, стан охорони приміщення, конструктивні особливості виробів, їх цінність та можливість демонтажу і мав вільний доступ до них. Користуючись вільним доступом до території і приміщень групи, з кімнати групи ОСОБА_1 незаконно заволодів ввіреним йому майном, загальною вартістю 201100 грн.*[1]*;*

6) розбій з метою заволодіння окремими видами військового майна – зброєю, бойовими припасами, вибуховими чи іншими бойовими речовинами, засобами пересування, військовою та спеціальною технікою (ч. 4 ст. 410).

Ознака вчинення злочину ***військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем*** передбачає, що зазначена особа для заволодіння військовим майном використовує своє службове становище (наприклад, службове становище полегшує їй проникнення до місць зберігання майна, дає змогу усунути певні перешкоди тощо). Якщо ж військова службова особа вчинює, наприклад, викрадення військового майна шляхом грабежу або вимагає таке майно чи вчинює розбій з метою заволодіння ним, але свій правовий статус не використовує, то зазначена ознака не застосовується.

Зловживання службовим становищем – це умисне використання військовою службовою особою всупереч інтересам служби своїх прав і можливостей, пов'язаних із займаною посадою. Такі дії хоч і перебувають у межах службових повноважень військової службової особи, проте вчинюються нею незаконно (на порушення встановленого порядку). Суд повинен зазначити, в чому саме полягає зловживання службовим становищем (посилаючись при цьому на конкретні пункти, статті нормативно-правових актів, які розкривають коло повноважень службової особи).

> *У вже згаданому вище вироку Уманського міськрайонного суду Черкаської області вказано, що викрадення антенних опор шляхом зловживання службовим становищем ОСОБОЮ_1 виразилось у використанні підлеглих і не обізнаних у її злочинних намірах військовослужбовців частини в особистих інтересах та віддання їм наказів шляхом використання всупереч ст. 6 Закону «Про запобігання і протидії корупції» своїх службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей всупереч інтересам служби*[2]*.*

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 410, – спеціальний. Це осудна особа, яка досягла 16-річного віку і є, з огляду на пряму вказівку законодавця, військовослужбовцем.

Військовослужбовцями є особи, які проходять військову службу в ЗС та інших військових формуваннях, а як виняток – в інших державних органах.

Військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, пов'язаній із захистом Вітчизни. Видами військової служби є: строкова військова служба; військова служба за призовом під час мобілізації, на особливий період; військова служба за контрактом осіб рядового складу; військова служба за контрактом осіб сержантського і старшинського складу; військова служба (навчання) курсантів вищих військових навчальних закладів, а також вищих навчальних закладів, які мають у

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/62769968.

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/38627227.

своєму складі військові інститути, факультети військової підготовки, кафедри військової підготовки, відділення військової підготовки; військова служба за контрактом осіб офіцерського складу; військова служба за призовом осіб офіцерського складу.

Згідно із ст. 24 Закону «Про військовий обов'язок і військову службу» військовослужбовці вважаються такими, що ***виконують обов'язки військової служби***: на території військової частини або в іншому місці роботи (занять) протягом робочого (навчального) часу, включаючи перерви, встановлені розпорядком (розкладом занять); на шляху прямування на службу або зі служби, під час службових поїздок, повернення до місця служби; поза військовою частиною, якщо перебування там відповідає обов'язкам військовослужбовця або його було направлено туди за наказом відповідного командира (начальника); під час виконання державних обов'язків, у т.ч. у випадках, якщо ці обов'язки не були пов'язані з військовою службою; під час виконання обов'язку з урятування людського життя, охорони державної власності, підтримання військової дисципліни та охорони правопорядку.

Військове формування – це створена відповідно до законодавства сукупність військових об'єднань, з'єднань і частин та органів управління ними, які комплектуються військовослужбовцями і призначені для оборони України, захисту її суверенітету, державної незалежності і національних інтересів, територіальної цілісності і недоторканності у випадку озброєної агресії, збройного конфлікту або загрози нападу шляхом безпосереднього ведення військових (бойових) дій.

Крім ЗС, військовими формуваннями є Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна прикордонна служба України, Національна гвардія України, Управління державної охорони, Державна спеціальна служба транспорту, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України.

Водночас, військовими формуваннями, відповідно до виконуваних ними функцій, завдань, їхньої структури та інших критеріїв, не є, скажімо, державна воєнізована гірничорятувальна служба у вугільній промисловості, відомча воєнізована охорона на залізничному транспорті та їм подібні.

До ***інших осіб, визначених законом*** (див. ч. 2 ст. 401), які не входять до складу військових формувань, утворених відповідно до законів, але несуть відповідальність за статтями розділу XIX Особюливої частини КК, слід відносити:

- військовослужбовців військових прокуратур;

- військовослужбовців МО, СБ, УДО, ДПкС та ін., які відповідно до законів на час виконання певних завдань працюють на штатних посадах в інших установах, підприємствах, організаціях;

- військовослужбовців ЗС та інших військових формувань, які за їхньою згодою відряджені до державних органів, підприємств, установ, організацій, державних та комунальних навчальних закладів для виконання завдань в інтересах оборони держави та її безпеки із залишенням на військовій службі;

- військовослужбовців вищих навчальних закладів і військових навчальних підрозділів вищих навчальних закладів, які здійснюють підготовку громадян для проходження військової служби. Це: вищі військові навчальні заклади (Національний університет оборони України імені Івана Черняховського, Харківський національний університет повітряних сил імені Івана Кожедуба та ін.); військові навчальні підрозділи інших ЗВО (Військовий юридичний факультет Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Факультет підготовки офіцерів запасу Національного університету оборони України імені Івана Черняховського та ін.); кафедри військової підготовки, а також кафедри військової медицини кількох десятків українських ЗВО; військові коледжі (Військовий коледж сержантського складу Національної академії сухопутних військ імені гетьмана П. Сагайдачного, Військовий коледж сержантського складу Кам'янець-Подільського національного університету імені Івана Огієнка та ін.); військові ліцеї (Київський військовий ліцей імені Івана Богуна, Одеський військово-морський ліцей);

- військовослужбовців (осіб військового персоналу) військових підрозділів, що мають постійну чи тимчасову організацію, перебувають під командуванням особи, відповідальної перед Україною та іншою державою за поведінку своїх підлеглих, які зобов'язані додержувати внутрішньої дисципліни, норм міжнародного права, і направляються до іншої держави з метою виконання бойових або миротворчих завдань, або гуманітарних завдань, пов'язаних із захистом цивільного населення від радіаційної, хімічної, біологічної небезпеки та ліквідацією наслідків застосування зброї масового ураження;

- військовослужбовців ЗС, інших військових формувань і цивільних установ України, які

відповідно до міжнародних угод направляються Україною для участі в міжнародних миротворчих операціях і не входять до складу миротворчого контингенту (військові спостерігачі, радники, штабні офіцери тощо);

- військовополонених, яких Україна тримає у полоні. Згідно з міжнародним законодавством вони підкоряються законам, статутам і наказам, які діють у збройних силах Держави, що тримає їх у полоні.

Незважаючи на те, що особи керівного та рядового складу органів поліції, державної кримінально-виконавчої служби та деяких інших державних органів за своїм соціальним і правовим захистом прирівнюються законодавством до військовослужбовців, що в цих органах діють дисципліна та відносини підлеглості, близькі до військових, що для працівників цих органів встановлюються спеціальна форма одягу, схожа на військову, спеціальні звання тощо, – все це не дає підстав прирівнювати зазначених осіб до військовослужбовців. Вказане стосується й осіб, які займають посади міністра оборони чи його заступників, якщо ці особи є цивільними. Відповідно, такі особи не є суб'єктами військових злочинів. Не є військовослужбовцями і, відповідно, суб'єктами військових злочинів військові ліцеїсти. Не є військовослужбовцями громадяни України, які проходять альтернативну службу.

Суб'єктом військових злочинів особа може бути тільки у відповідних часових межах, які визначені у ст. 24 Закону «Про військовий обов'язок і військову службу» – після початку і до закінчення проходження військової служби.

Початком проходження військової служби вважається: 1) день відправлення у військову частину з обласного збірного пункту – для громадян, призваних на строкову військову службу; 2) день зарахування до списків особового складу військової частини (військового навчального закладу, установи тощо) – для громадян, прийнятих на військову службу за контрактом, у т.ч. військовозобов'язаних, які проходять збори, та резервістів під час мобілізації; 3) день призначення на посаду курсанта вищого військового навчального закладу, військового навчального підрозділу вищого навчального закладу – для громадян, які не проходили військову службу, та військовозобов'язаних; 4) день відправлення у військову частину з районного (міського) військового комісаріату – для громадян, призваних на військову службу під час мобілізації, на особливий період, та на військову службу за призовом осіб офіцерського складу.

Закінченням проходження військової служби вважається день виключення військовослужбовця зі списків особового складу військової частини (військового навчального закладу, установи тощо) у порядку, встановленому положеннями про проходження військової служби громадянами України. Водночас, особа, яка вчинила злочин проти встановленого порядку несення військової служби під час її проходження (військовозобов'язаний – під час проходження зборів), підлягає притягненню до відповідальності за такий злочин і після звільнення з військової служби (закінчення зборів).

Військовослужбовцями, які проходять службу у військових формуваннях України, можуть бути не тільки громадяни України, а й іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні.

Із спеціальним суб'єктом військових злочинів як специфічною їх ознакою пов'язані деякі питання **кваліфікації** цих злочинів.

Згідно з ч. 3 ст. 401, співучасть у військових злочинах осіб, не зазначених у цій статті, тягне відповідальність за відповідними статтями розділу XIX Особливої частини КК. Це положення є законодавчим визначенням принципу відповідальності співучасників злочинів зі спеціальним суб'єктом. Іншими словами, виконавцями будь-якого злочину, передбаченого ст. 410 (як і статтями 402–409, 411–435), можуть бути лише військовослужбовці, а іншими співучасниками – і цивільні особи (наприклад, як пособник або як підбурювач – у разі сприяння чи схиляння військовослужбовця до викрадення зброї тощо).

Цивільні особи не можуть бути співвиконавцями військових злочинів. Тому в разі коли військовослужбовець і цивільна особа спільними зусиллями виконують об'єктивну сторону військового злочину, остання несе відповідальність за вчинення військового злочину як пособник (кваліфікуюча ознака «за попередньою змовою групою осіб» у цьому випадку не застосовується). Так само кваліфікуються і дії цивільної особи, яка вчинила діяння, що містить ознаки військового злочину, замість військовослужбовця (наприклад, якщо військовослужбовець схилив цивільну особу до умисного викрадення військового майна. При цьому такий військовослужбовець визнається виконавцем злочину).

За пособництво у заволодінні військовою службовою особою військовим майном шляхом шахрайства, із зловживанням службовим становищем, тобто злочин, передбачений ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 410 КК була засуджена Деснянським районним судом м. Києва ОСОБА_1[1].

За обставинами справи, військова службова особа, кримінальне провадження відносно якої виділене в окреме провадження (далі – ОСОБА_2), постійно обіймаючи посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, звернулася до ОСОБА_1 із питанням щодо поставки м'яса яловичини до військових частин Державної спеціальної служби транспорту Міністерства інфраструктури України, що дислокуються у містах Чернігів, Харків, Київ, Конотоп та Дніпро. ОСОБА_1 від імені ТОВ «Чернігівський м'ясний двір» досяг із ОСОБА_2 домовленості про поставку м'яса яловичини за ціною 26,50 грн. за кілограм, а також звернувся з проханням документально оформити поставку м'яса яловичини у травні 2013 року, на що службова військова особа, матеріали відносно якої виділені в окреме провадження, надала згоду. У цій же телефонній розмові ОСОБА_2 акцентувала увагу ОСОБА_1 на завищенні ціни м'яса яловичини з подальшим незаконним обертанням на свою користь різниці в ціні, на що ОСОБА_1 погодився.

Згодом ОСОБА_2, не повідомляючи про домовленість про поставку м'яса за ціною 26,50 грн. за кілограм, зателефонувала підпорядкованим їй по продовольчій службі військовослужбовцям військових частин Державної спеціальної служби транспорту Міністерства інфраструктури України та вказала на необхідність підготовки договорів на закупівлю м'яса яловичини за ціною 31,60 грн. за кілограм і пізніше командири військових частин Т0120, Т0710, Т0500, Т0130, Т0210, Т0320, будучи не повідомлені ОСОБА_2 та ОСОБА_1 про досягнуту між ними домовленість про ціну на м'ясо за 26,50 грн. за кілограм та її завищення, уклали між ТОВ «Чернігівський м'ясний двір» та відповідними військовими частинами договори на закупівлю м'яса яловичини у кількості 17335 кг на загальну суму 547 786 грн.

У цей же період часу ОСОБА_1, діючи за попередньою змовою, будучи заінтересованим в отримані ТОВ «Чернігівський м'ясний двір» коштів від військових частин, контролюючи надходження коштів на рахунки вказаного товариства, неодноразово звертався в телефонних розмовах до ОСОБА_2 із проханнями вплинути на найшвидше перерахування коштів за договорами закупівлі м'яса яловичини за ціною 31,60 грн. за кілограм. У свою чергу, ОСОБА_2 на вищезазначені прохання ОСОБА_1, діючи з тих же мотивів та метою, телефонувала підлеглим їй по продовольчій службі військовослужбовцям військових частин та вказувала на підготовку, в першу чергу, документів для оплати по договорам закупівлі м'яса яловичини із ТОВ «Чернігівський м»ясний двір».

Всього, з урахуванням кількості м'яса яловичини, що закуповувалась відповідно до зазначених вище договорів, 17335 кг, та різниці між цінами – 5,10 грн., ОСОБА_2, за попередньою змовою з ОСОБА_1 заволоділа бюджетними коштами в сумі 88408,5 грн., з яких 65000 грн. передав ОСОБА_2. Іншими грошовими коштами в сумі 23408,50 грн. ОСОБА_1 розпорядився за власним розсудом[2]**.**

Відповідно до ч. 4 ст. 401 військовослужбовець, який вчинив військовий злочин, може бути ***звільнений від кримінальної відповідальності*** згідно зі ст. 44 КК із застосуванням до нього заходів, передбачених Дисциплінарним статутом Збройних сил України (далі – ДСЗС). Але цю норму не можна тлумачити як таку, що встановлює окрему підставу звільнення від кримінальної відповідальності. Із неї випливають такі моменти:

а) військовослужбовець може бути звільнений від кримінальної відповідальності на тих самих підставах і за тих самих умов, що передбачені відповідно до ст. 44 КК для інших осіб. Словосполучення «***може бути***», застосоване у ч. 4 ст. 401, характеризує відсутність імперативності як щодо звільнення від кримінальної відповідальності, так і щодо застосування заходів, передбачених Дисциплінарним статутом ЗС. Питання про накладення дисциплінарного стягнення на військовослужбовця (військовозобов'язаного), звільненого від кримінальної відповідальності, як правило, ставиться судом, але може і не ставитися у разі, коли на момент розгляду справи судом, наприклад: військовослужбовець підлягає звільненню з військової служби у запас або відставку в зв'язку з його непридатністю до неї за станом здоров'я у мирний час або взагалі; військовозобов'язаний підлягає

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67768217.

[2] Особу_2 засуджено в іншій справі. ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/55583347.

звільненню зі зборів з подальшим звільненням з військової служби у відставку в зв'язку з його повною непридатністю до неї за станом здоров'я;

б) в разі його звільнення від кримінальної відповідальності до нього, як правило, одночасно застосовуються заходи, передбачені ДСЗС. Це означає, що ухвала суду, якою особу звільнено від кримінальної відповідальності, направляється відповідному командиру (начальнику), який має право накладати дисциплінарне стягнення на цього підлеглого. При цьому згідно зі статтями 87, 96 ДСЗС таке стягнення на військовослужбовця має бути накладено протягом 10 діб, починаючи з дня, коли командирові стало відомо про злочин, а в разі проведення розслідування – з дня його закінчення.

Законодавство передбачає випадки обов'язкового і факультативного звільнення від кримінальної відповідальності. Існують певні їх особливості щодо військовослужбовців.

В окремих нормах розділу XIX Особливої частини КК (зокрема і в ч. 1 ст. 410) як суб'єкти злочину вказуються тільки військовослужбовці. Якщо ж конкретна норма розділу XIX Особливої частини КК прямо вказує тільки на військовослужбовця як суб'єкта відповідного злочину, цій нормі не можна давати розширювальне тлумачення. Відтак, законодавцем зроблено винятки із загальної норми (ч. 1 ст. 401) про те, що військові злочини вчинюються як військовослужбовцями, так і військовозобов'язаними і резервістами під час проходження останніми зборів. Оскільки у ст. 410 прямо вказано на суб'єкта як військовослужбовця, то ним не може бути ***військовозобов'язаний***. Військовозобов'язаний за вчинення під час проходження зборів дій, передбачених ст. 410, несе відповідальність, залежно від предмета злочину, за ст. 262 або статтями 185–191, 308, 313 тощо.

Суб'єктом злочинів, передбачених частинами 2–4 ст. 410, вчинених із зловживанням службовим становищем, є військова службова особа. Поняття ***військових службових осіб*** (ч. 2 ст. 410) міститься в п. 1 примітки до ст. 425.

В умовах ЗС та інших військових формувань військовослужбовцями, які займають постійно чи тимчасово ***посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків***, найчастіше є військові начальники (керівники військових формувань, військових частин, установ, командири військових підрозділів, начальники управлінь, напрямків, відділів, кафедр тощо).

Організаційно-розпорядчі обов'язки виконують також військові прокурори, слідчі СБ, які не є керівниками підрозділів, офіцери – працівники оперативних та оперативно-розшукових підрозділів СБ та ДПС, оперативних та деяких інших підрозділів ЗС тощо. Характерним для всіх означених осіб є те, що вони несуть самостійну відповідальність за доручену ділянку роботи (ведення оперативно-розшукової діяльності чи кримінального провадження тощо) та не мають підлеглих за посадою.

Військовослужбовці – професорсько-викладацький склад військових навчальних закладів та ті, які є військово-медичними працівниками, поза межами виконання ними дій та прийняття рішень, що мають юридичне значення, не можуть визнаватися військовими службовими особами. Але, вони як офіцери можуть бути призначені членами внутрішніх перевірних комісій, черговими частин або начальниками ешелонів (команд), і під час виконання таких ***спеціальних доручень повноважного командування*** визнаються військовими службовими особами.

Ще одна категорія військових службових осіб – це військовослужбовці, які обіймають постійно чи тимчасово ***посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських обов'язків***. В умовах військової служби такими посадами є посади офіцерів та прапорщиків продовольчої, речової, фінансової служби військової частини (установи) та їм подібні. Не можна визнавати військовими службовими особами комірників, завідувачів сховищ та інших осіб, дії яких з управління майном мають фактичний, а не юридичний характер. Щодо довіреного їм майна ці особи здатні вчинити тільки злочинні дії, характер яких не може вийти за межі привласнення або розтрати такого майна чи порушення обов'язків щодо охорони майна, тобто злочинів, суб'єктом яких не є службова особа.

Організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки можуть виконувати також військові службові особи, які ***тимчасово займають*** відповідні ***посади***. Тимчасове зайняття посади – це зайняття її в межах певного терміну, визначеного, як правило, службовою необхідністю (на період відпустки, хвороби, відрядження керівника, підбору на посаду керівника відповідного працівника тощо), та в порядку, встановленому законодавством для заміщення відповідної посади.

У п. 1 у примітки до ст. 425 не йдеться про те, що військові службові особи повинні займати посади, пов'язані з виконанням певних обов'язків тільки у військових частинах та установах. Тому відрядження військовослужбовця до іншого державного органу слід розцінювати як спеціальне доручення повноважного командування виконувати ті чи інші обов'язки в інтересах держави поза військовою установою.

Не можуть визнаватися військовими службовими особами військовослужбовці, які відбувають покарання в дисциплінарному батальйоні, оскільки вони не займають посад і за своїми військовими званнями є рядовими.

Виконавцем викрадення військового майна шляхом зловживання військової службової особи службовим становищем та співвиконавцем цього злочину може бути тільки військова службова особа, а іншим співучасником – як військова службова особа, так і інший військовослужбовець, а також цивільна особа, у т.ч. службова.

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 410, характеризується умисною формою вини, а розбій – також **метою** заволодіння визначеними видами військового майна (зброєю, бойовими припасами, вибуховими чи іншими бойовими речовинами, засобами пересування, військовою та спеціальною технікою). Умисел означає, що винна особа: а) усвідомлює, що вона здійснює викрадення, привласнення тощо; б) передбачає наслідки цих дій для військового правопорядку і права власності, а також для громадської безпеки (у разі викрадення, привласнення тощо зброї, боєприпасів, бойових речовин), безпеки руху та експлуатації транспорту (у разі викрадення, привласнення засобів пересування) і в) бажає або свідомо припускає настання таких наслідків.

У тих випадках, коли, крім простого бажання чи свідомого припущення настання вказаних наслідків для військового правопорядку, особа діє з мотивів підриву основ національної безпеки України, то діяння може бути кваліфіковане, наприклад, як залишення ворогові бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, вчинене з метою сприяння ворогові, тобто державна зрада (ст. 111), або як перешкоджання законній діяльності військових формувань в особливий період (ст. 114-1).

При вчиненні злочинів, передбачених частинами 2, 3 і 4 ст. 410, особа повинна усвідомлювати, відповідно, що: 1) вона діє, зловживаючи своїм службовим становищем; 2) вона діє повторно; 3) вона діє за попередньою змовою з іншими особами; 4) її дії заподіюють істотну шкоду. Психічне ставлення до істотної шкоди може бути як умисним (тільки непрямий умисел), так і необережним. Прямий умисел до заподіяння істотної шкоди виключається, оскільки особа не може бажати настання наслідків, які не конкретизовані в законі і, відповідно, не можуть бути конкретизованими в її свідомості; 5) вона діє в умовах особливого періоду поза межами воєнного стану; 6) вона діє в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці.

Мотивом злочину може бути користь, помста тощо, але на кваліфікацію злочину мотив не впливає.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

Про **ознаки** «***вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб***» і «***вчинення злочину повторно***» (ч. 2 ст. 410) див. ст. 28 і ст. 32 КК, відповідно.

Незаконне заволодіння вогнепальною зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами слід визнавати ***повторним*** у разі вчинення його особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 410 або ст. 262, незалежно від того, чи було її за це засуджено, а також чи була вона виконавцем чи іншим співучасником такого злочину. За ознакою повторності за ч. 2 ст. 410 слід кваліфікувати також передбачені ч. 1 цієї статті дії, вчинені після розбійного нападу або вимагання, поєднаного з насильством.

Згідно з п. 2 примітки до ст. 289, під повторністю у цій статті слід розуміти незаконне заволодіння транспортним засобом особою, яка раніше вчинила таке саме діяння або злочин, передбачений статтями 185, 186, 187, 189–191, 262, 410. Незважаючи на це, оскільки немає прямої вказівки законодавця, вчинення злочину, передбаченого ст. 410, особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений статтями 185–187, 189–191, 262, 289, не є повторністю (див. ч. 3 ст. 32 КК).

Згідно із п. 2 примітки до ст. 425, у статтях 425 та 426 цього Кодексу ***істотною шкодою***, якщо вона полягає в завданні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в 250 і більше разів перевищує нмдг. Згідно з п. 5 розділу XX Перехідних положень ПК, для цілей застосування норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації злочинів або правопорушень сума нмдг встановлюється на рівні податкової соціальної пільги. Останню ж підпункт 169.1.1. пункту 169.1 статті 169 розділу IV ПК (зі змінами, внесеними згідно із Законом №909-VIII від 24.12.2015) визначає у розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для працездатної особи (на

місяць), встановленому на 1 січня звітного податкового року[1]. Як орієнтир такий розмір істотної шкоди можна використовувати і у ст. 410[2].

Крім того, під істотною шкодою у ч. 2 ст. 410 слід розуміти такі наслідки викрадення, привласнення, вимагання військового майна або заволодіння ним шляхом шахрайства, як приведення у непридатність військової техніки, неможливість виконання частиною (підрозділом) бойового завдання тощо. Проте розмір завданих збитків має першочергове значення, а тому створення загрози, скажімо, невиконання бойового завдання через крадіжку кількох маскувальних халатів не може визнаватися істотною шкодою.

Вчинення злочину, передбаченого ст. 410, шляхом проникнення до приміщення, сховища, застосування насильства при відкритому викраденні військового майна, вчинення викрадення, привласнення, вимагання, заволодіння майна шляхом шахрайства, зловживання службовим становищем або розбою у великих чи особливо великих розмірах, або вчинення шахрайства з використанням електронно-обчислювальної техніки додаткової кваліфікації за відповідними частинами статей 185–191, 262, 278, 289, 308, 312, 313, 357 не потребують.

Проте вчинене шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрати заволодіння військовим майном вартістю до 0,2 нмдг тягне адміністративну відповідальність за ст. 51 КУпАП.

Воєнний стан – це особливий правовий режим (політико-економічна ситуація), що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України чи її територіальній цілісності. Він передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню і органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення національної безпеки, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав та свобод людини й громадянина і прав та законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Воєнний стан в Україні або в окремих її місцевостях вводиться за пропозицією РНБО указом Президента України, який підлягає затвердженню ВР протягом двох днів з моменту звернення Президента України. Режим воєнного стану існує, зокрема, в часових межах від дня і часу оголошення ВР за поданням Президента України стану війни і до дня і часу оголошення ВР за поданням Президента України про укладення миру. Оскільки поняття «воєнний стан» є юридичною категорією, то фактична наявність такого стану без його введення у встановленому законом порядку не створює підстав для застосування відповідної кваліфікуючої ознаки.

Відповідно до Указу Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 26 листопада 2018 р. «Щодо надзвичайних заходів із забезпечення державного суверенітету і незалежності України та введення воєнного стану в Україні» від 26 листопада 2018 р. в окремих областях України було введено воєнний стан. Згідно із прийнятим в той же день Законом «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» цей Указ затверджено із тим застереженням, що воєнний стан вводиться лише в Вінницькій, Луганській, Миколаївській, Одеській, Сумській, Харківській, Чернігівській, а також Донецькій, Запорізькій, Херсонській областях та внутрішніх водах України Азово-Керченської акваторії, а також вказано, що у період дії воєнного стану, введеного зазначеним Указом Президента України, часткова мобілізація оголошується Президентом України у строки і в обсягах відповідно до загроз національній безпеці і обороні України[3].

Особливий період – це період функціонування національної економіки, органів державної

---

[1] З 1 січня 2019 р. прожитковий мінімум – 1853 грн.

[2] В інших статтях КК істотною шкодою у цій статті, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка: у 250 і більше разів перевищує нмдг (примітка до ст. 248); в 100 і більше разів перевищує нмдг (примітка до ст. 182 і п. 3 примітки до ст. 364, який поширюється на статті 364, 364-1, 365, 365-2, 367). Проте у ч. 1 ст. 248, ч. 1 ст. 364-1, ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 367, в яких згадується про істотну шкоду, йдеться про злочини невеликої тяжкості, а у ч. 2 ст. 182, ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 365, – про злочини середньої тяжкості. На відміну від цього, ч. 2 ст. 410 передбачає тяжкий злочин. Тому логічно, що розмір істотної шкоди в цій нормі має бути вищім за 250 нмдг.

[3] З цього приводу правильними є висновки Ю.А. Пономаренка, який у своєму дописі у Фейсбуці від 27 листопада 2018 р. (https://www.facebook.com/yu.a.ponomarenko/posts/931256633738291) з уточненнями, зробленими 6 грудня 2018 р. (https://www.facebook.com/yu.a.ponomarenko/posts/936539529876668) вказав на деякі кримінально-правові наслідки введення воєнного стану в Україні, зокрема:

1. Яка б дата та час введення воєнного стану не були визначені в указі Президента України, для потреб кримінального права необхідно вважати, що воєнний стан існує з моменту набрання чинності Законом «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні». Таким чином, значимий для кримінального права «воєнний стан» розпочинається з

влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, Збройних Сил України, інших військових формувань, сил цивільного захисту, підприємств, установ і організацій, а також виконання громадянами України свого конституційного обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, який настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій (ст. 1 Закону «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію»).

Отже, особливий період діє з моменту: 1) оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації або 2) з моменту введення воєнного стану (в Україні чи в окремих її місцевостях) та охоплює: a) час мобілізації, b) воєнний час і c) частково відбудовний період після закінчення воєнних дій.

Воєнних дій Україна в 2014–2018 роках юридично не вела, тому «*частково відбудовний період після закінчення воєнних дій*» не існував. Під «*воєнним часом*» слід розуміти «час дії воєнного стану» (див. статті 11, 12, 21, 23 Закону «Про правовий режим воєнного стану»). Він існував в Україні лише короткий період у листопаді-грудні 2018 р.

Отже, особливий період фактично діяв в Україні: з моменту оголошення рішення про мобілізацію і до моменту завершення часу мобілізації. Адже слова «*охоплює час мобілізації*» заперечують можливість поширення особливого періоду за межі часу мобілізації.

Що стосується поняття «*час мобілізації*», то воно законом прямо не визначається, хоча при цьому, згідно із Законом «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію», де слова «час мобілізації» і «період мобілізації» зустрічаються понад двадцять разів, випливає, що цей час має свій початок і своє закінчення, тобто період, і лише в цей період посадові особи та громадяни мають певні права (повноваження) та обов'язки. Проте, у цьому Законі слів «завершується» чи «завершення» немає.

Із цього випливає, що період, протягом якого відбувається мобілізація, може бути встановлено самими указами Президента України про мобілізацію. Відповідно, указ Президента України про *де*мобілізацію не є обов'язковим наслідком попереднього прийняття ним указу про мобілізацію, а сама демобілізація згідно із законом може означати не завершення часу мобілізації, а припинення певного комплексу заходів (завдань, прав, повноважень та обов'язків), передбаченого Законом «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію».

Наприклад, з останнього, четвертого за рахунком, указу щодо мобілізації – Указу Президента України «Про часткову мобілізацію» №15/2015 від 14 січня 2015 р., затвердженого Законом №113-VIII від 15 січня 2015 р., випливає, що часткова мобілізація, оголошена відповідно до цього Указу, має бути проведена у 2015 році у три черги протягом 210 діб із дня набрання чинності цим Указом.

Таким чином, цим указом Президента України мобілізація як комплекс відповідних заходів зі сторони держави оголошувалась не безстроково, а була обмеженою у часі.

Як вказано у п. 9 цього ж Указу, він набирає чинності після його затвердження ВР. Фактично Указ набрав чинності 20 січня 2015 р., коли його опубліковано в газетах «Голос України» та «Урядовий кур'єр». Математичні розрахунки показують, що 210 діб, починаючи з 20 січня 2015 р., – завершуються 18 серпня 2015 р. Таким чином, починаючи з 19 серпня 2015 р. особливий період не діє.

Слова «***крім воєнного стану***» означають, що вказана кваліфікуюча ознака застосовується тільки у разі, якщо злочин вчинено в період: a) з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім

00:00 години доби, наступної за тією, в яку названий Закон вперше офіційно опублікований (Фактично його опубліковано в газеті «Голос України» за 28 листопада 2018 р. – М.Х.). Діяння, вчинені до цього часу, навіть і після часу введення воєнного стану, визначеного указом Президента України, для кримінального закону не можуть вважатися вчиненими в умовах воєнного стану.

Закінчення воєнного стану відбудеться в час і добу, визначену Указом Президента України, якщо тільки Президент України не прийме указ про його дострокове скасування (ст. 7 Закону «Про правовий режим воєнного стану») або воєнний стан не буде в установленому порядку продовжено на новий строк.

2. КК визначає в якості кваліфікуючої ознаки вчинення злочину, зокрема передбаченого ст. 410 КК, не в місцевостях, де запроваджено воєнний стан, а саме в умовах воєнного стану. Це означає, що така кваліфікуюча ознака буде наявна в діяннях суб'єктів згаданих злочинів незалежно від того, чи вчинили вони відповідні злочини на тих територіях, де оголошено воєнний стан, чи на інших територіях України або за межами України. Інакше кажучи, суб'єкти військових злочинів (ч. 2 ст. 401 КК) незалежно від місця їх знаходження, під час дії законодавства, що визначає військовий стан навіть на обмеженій частині території України, знаходяться в умовах воєнного стану.

Після спливу визначеного строку воєнного стану або його дострокового скасування названа кваліфікуюча ознака не може виключатися зі складу злочину, вчиненого в умовах воєнного стану. Тобто, і після закінчення воєнного стану особи, які вчинили злочин, передбачений ст. 410 КК, в умовах воєнного стану, підлягатимуть кримінальній відповідальності за ч. 4 цієї статті.

цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації і до моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях або до моменту закінчення дії Указу Президента України про мобілізацію; б) протягом відбудовного періоду, починаючи з дня і часу оголошення ВР за поданням Президента України про укладення миру, тобто з дня закінчення воєнного стану.

Житомирський районний суд Житомирської області виключив з обвинувачення ОСОБИ_1 ознаку «***вчинення злочину в умовах особливого періоду***», правильно обґрунтувавши свою позицію.

Діяння, вчинене ОСОБА_1, прокурором кваліфіковано за ч. 3 ст. 410 КК як заволодіння військовою службовою особою військовим майном шляхом зловживання службовим становищем, що заподіяло істотну шкоду, вчинене в умовах особливого періоду. На підтвердження існування на момент вчинення ОСОБА_1 зазначеного діяння особливого періоду в обвинувальному акті зазначено, що у зв'язку із затвердженням Верховною Радою України указів Президента України «Про часткову мобілізацію» від 17 березня 2014 р. №303/2014, від 6 травня 2014 р. №454/2014, від 21 липня 2014 р. №607/2014 та від 14 січня 2015 р. №15/2015 в Україні розпочато процес мобілізації та оголошено особливий період, який настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій.

Суд вважає, що даючи юридичну оцінку обставинам справи, прокурором помилково кваліфіковано діяння ОСОБА_1 як вчинене в умовах особливого періоду, виходячи з наступного.

Визначення поняття «особливий період» міститься в ст. 1 Закону України «Про оборону України», відповідно до якого такий період настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях, та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Стаття 1 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» визначає особливий період як період функціонування національної економіки, органів державної влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, Збройних Сил України, інших військових формувань, сил цивільного захисту, підприємств, установ і організацій, а також виконання громадянами України свого конституційного обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, який настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Отже, за змістом наведених норм особливий період настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій.

Визначення поняття «воєнний час» законодавство України не містить. Суд вважає, що цьому поняттю відповідає поняття воєнного стану, яке міститься в ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», відповідно до якого (в редакції на момент вчинення ОСОБА_1 зазначеного діяння) воєнний стан – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення національної безпеки, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Оскільки в України у зв'язку із проведенням антитерористичної операції на Сході країни воєнний стан не введено, отже, воєнний час не наступив, тому особливий період обмежився часом мобілізації.

Мобілізація відповідно до ст. 1 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» – це комплекс заходів, здійснюваних з метою планомірного переведення національної економіки, діяльності органів державної влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій на функціонування в умовах особливого періоду, а Збройних Сил України, інших військових формувань, Оперативно-рятувальної служби цивільного захисту – на організацію і штати воєнного часу. Мобілізація може бути загальною або частковою та проводиться відкрито чи приховано. Частиною 5 ст. 4 Закону «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» передбачено, що вид, обсяги, порядок і строк проведення мобілізації визначаються Президентом України в рішенні про її проведення. Часткову мобілізацію в Україні було

оголошено та проведено у декілька етапів. Зокрема, указом Президента України «Про часткову мобілізацію» від 14.01.2015 р. №15/2015 починаючи з 20 січня 2015 р. у три черги протягом 210 діб по 17 серпня 2015 р.

Таким чином, зазначеним указом Президента України мобілізація як комплекс відповідних заходів зі сторони держави оголошувалась не безстроково, а була обмеженою у часі. Суд не погоджується з доводом прокурора про те, що мобілізація, а отже й особливий період, тривають до прийняття рішення про демобілізацію, оскільки ані час мобілізації, ані особливий період названими законами України не пов'язуються із демобілізацією.

ОСОБА_1 вчинив інкримінований злочин в період часу 25.12.2015 р. по 01.02.2016 р., тобто після закінчення дії названого Указу Президента України про часткову мобілізацію, а отже – після закінчення особливого періоду[1].

Поняття «***бойова обстановка***» визначене у примітці до ст. 402 КК. Її характеризують такі ознаки: а) відбувається безпосереднє застосування військової зброї і техніки стосовно військового супротивника або військовим супротивником; б) бій може бути наступальним чи оборонним або іншим, загальновійськовим, танковим, протиповітряним, повітряним, морським або іншим, його може вести військове з'єднання, частина (корабель) або підрозділ – усе це значення для кваліфікації не має; в) бій може розпочатися як з наказу про вступ у бій, так і з фактичного початку бою, і завершитися як за наказом про припинення бою, так і фактичним його припиненням – факт вчинення злочину до чи після початку/припинення бою повинен бути доведений належними доказами.

Бойова обстановка може виникнути в мирний час, наприклад, при ліквідації прикордонних конфліктів, при порушенні недоторканності повітряного чи морського простору України тощо.

Ознаки «вчинення злочину в умовах воєнного стану» та «вчинення злочину в бойовій обстановці» не застосовуються при кваліфікації злочинів, вчинених військовослужбовцями українських миротворчих контингентів під час проходження служби в цих контингентах, оскільки: а) ВР стан війни ні з однією з країн, на території яких дислокуються ці контингенти, не оголошується; б) у вказаних випадках воєнного нападу на Україну не існує, а внутрішні конфлікти в тій чи іншій країні не мають характеру агресії проти країн, з якими Україна підписала договори про спільну оборону від агресії; в) зазначені контингенти не призначені для ведення військових дій з метою знешкодження військового супротивника та виконання інших тактичних завдань, взагалі не мають такого супротивника та фактично не ведуть такі дії.

Особливо кваліфікованим видом вимагання військового майна є вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя та здоров'я потерпілого (ч. 4 ст. 410).

Під ***насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи,*** слід розуміти умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, інші насильницькі дії, які були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння, хоча і не призвели до вказаних наслідків (наприклад, скидання з висоти, застосування електроструму, наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин – але тільки у випадках, коли винна особа усвідомлювала можливість заподіяння внаслідок такого роду насильства зазначених вище тілесних ушкоджень).

1.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 410 КК *(В. Луцик)*

Загальні положення.

Військові статути, окремі закони та підзаконні нормативно-правові акти в цілому чітко і повно регламентують усі сфери життя та діяльності Збройних Сил, інших військових формувань і правоохоронних органів України. На військовослужбовців покладається обов'язок неухильного дотримування Конституції України, законів і підзаконних актів, Військової присяги, наказів командирів (начальників). Усе це багато в чому визначає специфіку та якість функціонування суспільних відносин у сфері несення військової служби, а також особливості правопорушень, вчинених військовослужбовцями.

Підвищена небезпечність злочину, передбаченого ст. 410, пояснюється тим, що поряд із

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/62769968.

заподіянням шкоди боєздатності Збройних Сил, з використанням незаконно вилучених зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин часто вчинюються тяжкі й особливо тяжкі злочини проти життя, здоров'я, недоторканності та безпеки людей.

Злочини цієї категорії за загальним правилом підслідні слідчим ДБР або, за наявності умов, передбачених ч. 5 ст. 216 КПК, детективам НАБУ. Перед початком їх розслідування слідчому доцільно ознайомитися з положеннями нормативно-правових актів, які регулюють порядок обліку і користування військовим майном, зокрема:

Закон «Про правовий режим майна в Збройних Силах України»;

Положення про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна в Збройних Силах України, затв. постановою КМ №1225 від 04.08.2000 р.;

Положення про військове (корабельне) господарство Збройних Сил України, затв. наказом МО від 16.07.1997 р. №300.

Розглянемо типові ситуації, які виникають під час розслідування викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, шляхом зловживання службовим становищем.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 410 КК, отримані за результатами перевірок чи ревізій.

Якщо підставою внесення відомостей про привласнення до ЄРДР став акт ревізії, потрібно провести **допит ревізора**, звернутися до слідчого судді з клопотанням про отримання дозволу на **тимчасовий доступ до бухгалтерських документів**. В подальшому потрібно призначити **судово-економічну експертизу**, на вирішення якої поставити питання щодо розміру шкоди заподіяної злочином, періоду вчинення злочину, відповідності висновків ревізії фактичним обставинам справи.

Після цього потрібно провести **огляд місця події** – службового кабінету особи відповідальної за зберігання зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна. Під час огляду вилученню підлягають посадові інструкції військовослужбовців, накази про їх призначення на посаду, товарно-транспортні накладні, посвідчення про відрядження, рапорти.

Подальші дії аналогічні тим, які будуть описані в наступній ситуації.

2. *Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 410 КК, отримані на підставі заяви чи повідомлення про вчинення цього злочину або самостійного виявлення його ознак слідчим чи прокурором.*

Слідчий (прокурор) зобов'язані протягом 24 годин внести відомості в ЄРДР.

Першочерговою слідчою дією є **допит заявника (потерпілого)** щодо встановлення, яке саме майно було предметом злочину (зброя, бойові припаси, вибухові або інші бойові речовини, засоби пересування, військова або спеціальна техніка, інше військове майно), його характерні ознаки (найменування, реєстраційний номер, рік виготовлення, вартість), в чому полягало зловживання службовим становищем військовою службовою особою і за яких умов (особливий період, воєнний стан, бойова обстановка), місце та час вчинення злочину, кількість викраденого майна. Слідчий повинен роз'яснити йому процесуальний порядок визнання особи потерпілим, можливість заявлення цивільного позову та інші права, передбачені КПК.

Наступною слідчою дією є **огляд місця події**, звідки було викрадено предмет злочину, під час якої потрібно встановити спосіб проникнення у місце зберігання майна, механізм подолання перешкод, сліди злочину, які залишені під час проникнення, а також вилучити паспорти та документи на викрадене майно, за умови їх наявності. До проведення огляду території військової частини слідчий може залучати військовослужбовців цієї частини та військовослужбовців ВСПЗС.

Необхідним є проведення **допитів свідків**, якими можуть бути військовослужбовці, що входили до складу караульної служби (щодо порядку здійснення ними охорони території, з якої було викрадено майно, чи не відволікали їх від виконання своїх обов'язків), військові начальники (щодо порядку зберігання майна, режиму його охорони, періодичності перевірки його схоронності).

По цій категорії справ, якщо предметом викрадення є зброя чи боєприпаси, призначаються

експертизи – вибухотехнічна, балістична експертиза і криміналістична холодної зброї. Необхідність призначення цих експертиз зумовлена обов'язковістю підтвердження факту, що предмет злочину дійсно є зброєю чи боєприпасами.

Цей злочин часто вчиняється військовими службовими особами за допомогою службового підроблення, яке підлягає додатковій кваліфікації. В зв'язку з цим виникає необхідність призначення криміналістичної експертизи документів та почеркознавчої експертизи.

> *К., проходячи військову службу на посаді начальника продовольчої та речової служби військової частини А0543, заволодів іншим військовим майном. У приміщенні кабінету відділу матеріально-технічного забезпечення військової частини А0543 К. власноручно склав завідомо неправдивий офіційний документ – накладну №206, яка містила неправдиві відомості про отримання колишнім прапорщиком військової частини А0543 як компенсацію за раніше недоотримане речове майно, зовнішнього намету УСБ-56, внутрішнього намету УСБ-56 та двох стінок утеплення до намету УСБ-56 загальною вартістю 1145,7 грн., власноручно виконавши підпис від його імені про їх отримання, та видав цей документ у відповідні служби для проведення по обліках і списання з державного балансу речового майна на вказану суму*[1].

Після встановлення особи підозрюваного прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі **повідомлення про підозру** та проводить допит підозрюваного. Під час допиту потрібно встановити час та спосіб вчинення злочину, мотиви особи, наявність співучасників, яким чином підозрюваний збирався розпорядитися викраденим майном.

Після проведення вказаних дій слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

---

[1] Вирок Рокитнянського районного суду Київської області від 5 листопада 2010 року у справі 1-122/10. ЄДРСР: www.reyestr.court.gov.ua/Review/71400715.

Розділ 2.

КОРУПЦІЙНЕ ЗЛОВЖИВАННЯ ВЛАДОЮ ЧИ СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ

Загальні положення до розділу (В. Навроцький)

Будь-які прояви корупції нерозривно пов'язані зі зловживання владою або службовим становищем. Корупційні та пов'язані з корупцією злочини або безпосередньо полягають у такому зловживанні, або ж спрямовані на те, щоб спонукати до службового зловживання. Тому відповідальності за зловживання владою або службовим становищем у КК присвячено низка норм.

При цьому одна із них є загальною – це передбачені ст. 364 власне зловживання владою або службовим становищем. Інші ж численні кримінально-правові норми є спеціальними видами службового зловживання або так званими складеними нормами, які включають зловживання владою чи службовим становищем та інші посягання. Службова особа виступає спеціальним суб'єктом відповідного злочину в окремих випадках і тоді, коли на таку ознаку прямо не вказано у диспозиції статті Особливої частини КК, але вона випливає зі змісту відповідних правовідносин. Наприклад, у ст. 371 «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою» суб'єкт не названий, проте очевидно, що такі діяння є різновидом службового зловживання.

Відповідно до загальновизнаних **правил кримінально-правової кваліфікації:**

1) статті, які передбачають спеціальні норми про зловживання владою чи службовим становищем чи норми про складені злочини мають пріоритет над статтею про загальну норму про таке зловживання;

2) ст. 364 (як така, що передбачає загальну норму), застосовується тоді, коли скоєне не охоплюється – не підлягає кваліфікації – за жодною зі статей, які передбачають спеціальні норми чи норми про складені злочини. Ця стаття є, так би мовити, резервною;

3) якщо службовою особою вчинено шляхом зловживання владою або службовим становищем під час вчинення будь-якого злочину, стаття про який не передбачає такої ознаки, то скоєне підлягає кваліфікації за сукупністю – за статтею про відповідний злочин та ст. 364. Класичним прикладом є вчинення службовою особою передбаченого КК протиправного діяння за отриману нею неправомірну вигоду.

Стаття 364 відноситься до тих, які порівняно часто застосовуються на практиці – за цією статтею відкриваються кримінальні провадження, оголошуються підозри, матеріали направляються до суду. Причому, переважно, в сукупності з іншими статями Особливої частини КК. Проте, випадків засудження за службові зловживання непропорційно мало порівняно з кількістю зареєстрованих проваджень. По цій категорії справ високий відсоток закриття проваджень, звільнення від кримінальної відповідальності, застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК) та інших норм, застосування яких веде до фактичного ухилення від відповідальності. Це обумовлено зловживаннями під час правозастосування, помилками – неправильним встановленням ознак складів відповідних злочинів, неналежним доведенням їх наявності, неналежним проведенням розмежування між ст. 364 та іншими статтями Особливої частини КК, а також вадами конструкції цієї статті.

Чи не найбільшу складність при застосуванні статей, які передбачають відповідальність за корупційне зловживання владою або службовим становищем, викликає визначення співвідношення посягання, передбаченого ст. 364 та суміжних злочинів, а також їх відмежування від дисциплінарних проступків. Про це свідчать як матеріали вивчення правозастосовної практики, так і проведене при підготовці цієї публікації анкетування. Певною мірою вказані труднощі обумовлені недостатньою чіткістю формулювань статей КК, що зовсім не виправдовує помилок, які допускаються при її застосуванні. При вирішенні питань **розмежування аналізованих злочинів між собою та їх відмежування від дисциплінарних проступків** насамперед слід враховувати таке:

- головна відмінність між злочинами у сфері службової діяльності (тими, що передбачені статтями 364, 365, 367, так і іншими статтями Особливої частини КК) та дисциплінарними проступками

полягає у наявності чи відсутності наслідків, специфічних для злочинів – заподіяння істотної шкоди або ж тяжких наслідків охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб. Якщо такі наслідки заподіяні – є підстави вважати, що вчинено злочин, а при їх відсутності слід констатувати наявність дисциплінарного проступку;

- фактична відсутність наслідків не завжди вказує на відсутність ознак злочину. Якщо з прямим умислом вчинено дії, спрямовані на вчинення злочину, але злочин не доведено до кінця з причин, не залежних від волі винного, то скоєне треба кваліфікувати як готування або замах на відповідний злочин, а не як дисциплінарний проступок службової особи;

- наслідки, зміст яких описаний у пунктах 3, 4 примітки до ст. 364, є характерною ознакою лише злочинів у сфері службової діяльності, прямо перелічених у цих пунктах примітки (характеристика таких наслідків буде надана нижче). Кількісні та якісні параметри таких наслідків не поширюються на інші статті Особливої частини КК, які передбачають службові зловживання;

- наслідки злочинів, вчинюваних службовою особою, які не охоплюються пунктами 3, 4 примітки до ст. 364, визначаються з урахуванням змісту диспозицій статей Особливої частини КК, які передбачають спеціальні види службових зловживань або ж де службові зловживання є частиною складеного злочину. Наприклад, ч. 2 ст. 191 охоплює наслідки, розмір яких визначається з урахуванням положень про види цього злочину, які виділяються за розміром вартості чужого майна, яке стало предметом привласнення, розтрати чи заволодіння ним шляхом заволодіння шляхом зловживання службовим становищем (див. пункти 3 і 4 примітки до ст. 185);

- у КК проводиться ідея диференціації відповідальності так званих публічних службових осіб та службових осіб приватного права у розділі XVII Особливої частини КК, та й то лише щодо деяких злочинів (про це детальніше також нижче). Водночас, у статтях інших розділів Особливої частини КК законодавець користується іншою, так званою унітарною концепцією службової особи, коли відповідальність не залежить від того, в чиїх інтересах (від чийого імені) службова особа виконує владні, організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції. Тому щодо статей 364, 368 та 369 при визначенні поняття службової особи слід керуватися пунктами 1, 2 примітки до ст. 364, а в усіх інших випадках – ч. 3 та 4 ст. 18 КК;

- поняття зловживання владою або службовим становищем, яке розроблене у теорії кримінального права та застосовується на практиці щодо ст. 364 (щодо способів зловживання, виконання відповідних діянь особисто чи через інших осіб тощо) є універсальним для кримінального права і поширюється також на службові зловживання, передбачені іншими статтями Особливої частини КК.

З викладеного випливає, що так чи інакше, з'ясування питань відповідальності за корупційні зловживання владою або службовим становищем слід починати з характеристики ознак складу злочину, передбаченого ст. 364.

2.1. Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364) *(В. Навроцький)*

Із примітки до ст. 45 КК випливає, що злочин, передбачений ст. 364, завжди є корупційним (або, іншими словами, неможливе не корупційне зловживання владою або службовим становищем). Це підтверджується і диспозицією цієї статті, де вказано, що цей злочин вчинюється з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для себе особисто чи іншої фізичної чи юридичної особи. Однак, при такому формулюванні виникає питання, чи становлять корупційний злочин дії, вчинені з так званих «невірно сприйнятих інтересів служби» (коли винний шляхом службового зловживання намагається досягти суспільно корисного результату для галузі чи держави в цілому)? Очевидно, відповідь на це питання може бути надана під час аналізу всіх обов'язкових ознак складу цього злочину.

Склади злочинів, передбачені ст. 364 КК.

Стаття 364 складається з двох частин. Частина 1 передбачає так званий основний (простий, без кваліфікуючих ознак) склад службового зловживання. Частина 2 – відповідальність за «те саме діяння», якщо воно потягло тяжкі наслідки. У цій статті слова «те саме діяння» позначають посягання в цілому, а не лише відповідну ознаку (діяння) об'єктивної сторони складу злочину. Відрізняються склади злочинів, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 364, лише наслідками, якими є «істотна шкода» або «тяжкі наслідки».

При цьому в ст. 364 фактично об'єднано ознаки двох складів злочинів: 1) зловживання владою, яке можуть здійснити лише представники влади; 2) зловживання службовим становищем – посягання, яке можуть вчинити лише інші службові особи (які виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції). Кожен із цих складів злочинів характеризується специфікою щодо конкретних ознак.

Обов'язкові ознаки складу злочину, передбаченого ст. 364 КК.

Обов'язковими ознаками складу злочину «Зловживання владою або службовим становищем» насамперед, є конституюючи ознаки, які прямо названі в диспозиції ч. 1 ст. 364 і наявність яких необхідно доводити під час провадження у будь-якій кримінальній справі:

1) вина – у формі умислу;

2) мета – отримання будь-якої неправомірної вигоди для себе чи для іншої фізичної чи юридичної особи;

3) діяння – використання влади або службового становища всупереч інтересам служби;

4) наслідки – істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб;

5) об'єкт злочину – інтереси служби;

6) суб'єкт – службова особа.

Послідовність вказівки на обов'язкові ознаки складу цього злочину в тексті закону обмовлена цілями забезпечити стислий та взаємопов'язаний між окремими поняттями виклад змісту диспозиції ч. 1 ст. 364. Під час як теоретичного аналізу, так і в процесуальних документах варто користуватися загальновизнаною послідовністю характеристики ознак – від об'єктивних до суб'єктивних. Крім того, ознаками складу цього злочину є також ті, обов'язковість яких випливає з положень Загальної частини КК або ж виводиться зі змісту конституюючих ознак:

7) причиновий зв'язок між діянням та наслідками;

8) загальні ознаки суб'єкта: а) статус службової особи; б) досягнення 16-річного віку (визначено з урахуванням ч. 2 ст. 22 КК); в) осудність.

Існує презумпція наявності таких ознак (за умови доведення існування ознак, прямо вказаних у диспозиції ст. 364). Тому спеціально доводити їх наявність слід лише тоді, коли існує сумнів щодо існування цих ознак.

Об'єкт злочину.

У диспозиції ч. 1 ст. 364 вказано, що це посягання здійснюється «всупереч інтересам служби». Це означає, що зловживання владою або службовим становищем заподіює шкоду тим інтересам, суспільним відносинам, благам, задля підтримання яких у нормальному стані запроваджена посада відповідної особи, а сама вона наділена службовими повноваженнями. Це неодмінно пов'язано з порушенням нормальної (правильної, звичної) діяльності або ж державного апарату, або апарату керівництва підприємством, установою, організацією та самих відповідних інституцій, здатністю виконувати владні або управлінські функції, підривом їх авторитету. Суспільні відносини, які виникають з приводу забезпечення виконання службовими особами своїх функції лише в інтересах служби, виступають **основним об'єктом** цього злочину.

Важливо підкреслити, що інтереси служби, як об'єкт цього злочину – це інтереси, які існують об'єктивно та які оцінюються на підставі об'єктивних критеріїв, які визнаються усіма чи більшістю громадян. Або, як це кажуть, – які існують з точки зору пересічного громадянина. Вони мають бути підкріплені нормативними актами, в яких зафіксовано мету заснування, завдання певного органу, підрозділу, призначення конкретної службової особи. Тому при визначенні наявності порушення інтересів служби як основного об'єкта службового зловживання слід керуватися *об'єктивними критеріями*, а не суб'єктивними уявленнями конкретної службової особи про те, у чому полягають її завдання та функції, а, відтак, і інтереси служби. Тому вчинення діяння під приводом так званих «помилково зрозумілих інтересів служби» (наприклад, виконати поставлене керівником управлінське завдання, розкрити злочин за будь-яку ціну тощо) не виключає того, що має місце порушення вказаного основного об'єкта службового зловживання. Проте, помилка у розумінні інтересів служби та власної ролі у їх реалізації може вказувати на відсутність умислу.

Вказівка у ст. 364 на наслідки службового зловживання (при цьому існує нерозривний зв'язок

об'єкта злочину та його наслідків – наслідки вказують на те, який саме об'єкт порушено) показує, що цей злочин характеризується ще й **додатковим обов'язковим об'єктом.** Ним є права, свободи та інтереси окремих громадян або державні чи громадські інтереси, або інтереси юридичних осіб. Виходячи зі змісту наслідків стосовно ст. 364 у їх сучасному трактуванні (про що буде сказано далі), таким об'єктом можуть бути лише права та інтереси матеріального характеру, або ж заподіяння шкоди яким має матеріальний еквівалент (може бути обчислено та виражено у певній сумі). Причому у відповідному розмірі, який у сто чи більше разів перевищує нмдг.

Таким чином, об'єкт цього злочину складний, його порушення можна констатувати лише при заподіянні шкоди як основному, так і додатковому об'єктам. Якщо має місце порушення лише одного з вказаних видів об'єкта (лише інтересів служби чи лише прав чи інтересів окремих фізичних чи юридичних осіб, суспільства, держави), то відсутня аналізована обов'язкова ознака злочину, передбаченого ст. 364, а кримінальна відповідальність за цією статтею наставати не може. У такому випадку відповідне діяння може становити дисциплінарний проступок або ж інший злочин (не в сфері службової діяльності).

Об'єктивна сторона злочину.

Вказівка на діяння у диспозиції ч. 1 ст. 364, порівняння цієї статті з іншими статтями Особливої частини КК, аналіз нормативно-правових актів, які регламентують статус службових осіб, врахування загальновизнаних теоретичних положень дозволяють вказати на такі **ознаки діяння** у складі зловживання владою або службовим становищем:

1) дія або бездіяльність вчиняються службовою особою *з використанням свого службового становища*. При цьому можуть мати місце:

- вчинення службовою особою діяння особисто;
- віддання вказівок, розпоряджень, наказів підлеглим або підконтрольним службовим особам;
- використання свого службового становища для впливу на вищестоящих службових осіб, в компетенції яких знаходиться вчинення певного діяння, або на колегіальний орган (переконання їх у доцільності вчинення такого діяння, введення в оману при підготовці прийняття того чи іншого рішення тощо);
- використання свого службового авторитету, авторитету посади чи органу, де працює винний, для впливу на інших службових осіб, працівників підприємств, установ, організацій, окремих громадян, завдяки чому ті вчиняють діяння, вигідне для того, хто зловживає своїм статусом;

2) вчинюване *діяння пов'язане зі службовим становищем* службової особи. Така особа діє в сфері своєї компетенції, вчиняє дії, які вона в принципі має повноваження вчиняти, перебуваючи на відповідній посаді. Тому важливим для вирішення питань відповідальності за зловживання владою або службовим становищем є визначення кола повноважень (можливостей), які виникають зі службового становища відповідної службової особи та встановлення того, що службова особа фактично приступила до реалізації своїх функцій. Це передбачає:

- встановлення, які нормативно-правові визначають таку компетенцію саме цієї службової особи (закони та підзаконні акти щодо юридичного статусу осіб, які займають певні посади, – накази, розпорядження, посадові інструкції, трудові договори, контракти тощо);
- доведення, що відповідні акти поширюються на службову особу, якій інкримінується зловживання. Це здійснюється шляхом аналізу актів про призначення на посаду та допуск до виконання посадових обов'язків (накази, інструктаж на робочому місці, представлення колективу та підлеглим);
- вивчення документів, які підтверджують, що особа розпочала чи повинна була розпочати службову діяльність на займаній посаді (табелі обліку робочого часу, журнал приходу на роботу, наказ про вступ у посаду, акти прийому-передачі справ від попереднього працівника).

Вчинення службовою особою діяння у межах своєї компетенції або поза межами компетенції є ключовою ознакою для розмежування злочинів, передбачених ст. 364 та ст. 365. Для перевищення влади або службових повноважень характерним є явний вихід за межі наданих повноважень. Однак, вказане стосується лише зловживання/перевищення, які допускаються працівниками правоохоронних органів, оскільки їх відповідальність за вказані діяння диференційована у статтях 364 і 365. Для усіх інших представників влади та службових осіб (які не є працівниками правоохоронних органів) **поняття службового зловживання охоплює як дії, вчинені в межах компетенції, так і з виходом**

за них[1]. Зміни у КК, внесені Законом №46-VII від 21.02.2014 р., яким ст. 365 викладена у новій редакції (нею була встановлена відповідальність лише працівників правоохоронних органів), не означали декриміналізацію відповідних діянь усіх інших публічних службових осіб. Наслідком таких змін стало те, що відповідні дії службових осіб, які полягають у виході за межі наданих повноважень (вчинення дій поза компетенцією), стали охоплюватися ст. 364, оскільки:

- у загальновизнаному розумінні поняття «зловживання» охоплює собою будь-яку шкідливу, заборонену поведінку – як ту, яка полягає у діях, які загалом дозволені (які можна вчиняти, які перебувають у межах повноважень), але стають злом з урахуванням цілей такої поведінки, так і діях, що виходять за межі компетенції[2];

- у попередній редакції, яка діяла до набрання чинності Законом №46-VII від 21.02.2014 р., ст. 364 передбачала загальну норму, а ст. 365 – спеціальну. Тому зміни у спеціальній нормі – виключення з неї посягань, які полягали у перевищенні влади не представниками влади, означають, що ці діяння стали охоплюватися загальною нормою, передбаченою ст. 364;

- позиція, згідно з якою зміни у ст. 365 означали декриміналізацію перевищення влади усіма представниками влади та публічними службовими особами (крім працівників правоохоронних органів), є абсурдною. Адже перевищення влади чи службових повноважень є набагато тяжчим посяганням, ніж зловживання ними (про що свідчить співставлення санкцій ст. 364 та ст. 365 як в раніше діючій, так і в чинній редакціях). Немає жодних аргументів на користь того, що відповідальність за менш тяжке посягання збережена, а за більш тяжке – виключена. Презумпція раціональності дій законодавця (яка діє навіть щодо існуючої Верховної Ради) скеровує до єдиного висновку: з 2014 р. в Україні скасована диференціація відповідальності за службові зловживання та перевищення щодо *не*-працівників правоохоронних органів, проте кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень таких осіб збережена, вона настає за ст. 364;

- всі інші статті КК, які передбачають відповідальність за посягання, які вчинюються особами, наділеними спеціальними повноваженнями, охоплюють дії як в межах компетенції (на вчинення яких особа загалом уповноважена), так і з виходом за межі повноважень – які становлять їх перевищення (наприклад, ч. 3 ст. 206, статті 210, 211, 219, 232-2, 371-375). Не викликає сумніву, що й норма, передбачена ст. 364, повинна тлумачитися на тих же засадах;

3) *протиправність* такого діяння. Загалом, відповідно до законодавства, правової теорії та правозастосовної практики вважається, що протиправність діяння має місце тоді, коли вчинення відповідного діяння або прямо заборонено законом, підзаконними нормативними актами, локальними нормативними актами підприємства, установи чи організації, де працює винний, або його заборона випливає зі змісту відповідних нормативних актів. Однак, щодо службових осіб, зокрема представників влади, діє інша конструкція визнання протиправності їхніх діянь. Відповідно до ч. 2 ст. 6 («Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України») та ч. 2 ст. 19 («Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України») Конституції України, представники влади можуть вчиняти лише дії, які прямо дозволені для них. У теорії права загальновизнано, що це означає закріплення так званого спеціально-дозвільного принципу визначення компетенції представників влади, який повністю поширюється на Президента України та народних депутатів України[3]. Відповідно до цього принципу правомірними для вказаних осіб будуть лише дії, на які вони уповноважені Конституцією та законами України. Відповідно, вчинення дій, не передбачених нормативно-правовими актами, означає для представників влади протиправність такої їх поведінки;

4) діяння службової особи за формою схоже із законним – на вчинення якого вона має право, але за своєю суттю воно *суперечить інтересам служби*. Таким чином, злочинний характер діяння полягає у тому, що:

---

[1] Визнання того, що автор уточнив свою позицію з цього питання, наведене при характеристиці складу злочину, передбаченого ст. 191 КК.

[2] Кримінальні закони більшості зарубіжних держав взагалі не розрізняють поняття «перевищення» повноважень та «зловживання» ними – всі дії особи, які вона виконує, використовуючи свій особливий статус, охоплюються однією кримінально-правовою нормою. До речі, в КК Польщі відповідне посягання називається «nadużycie».

[3] Веніславський Ф. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні / Ф. Веніславський // Вісник Академії правових наук України. – Х. : Право, 2009. – №2(57). – С. 57-67.

- представник влади використовує свої владні повноваження всупереч тим цілям і завданням, для яких вони надані;

- інша службова особа використовує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські повноваження не відповідно для мети, задля яких вона ними наділена;

5) діяння зазвичай, у переважній більшості випадків, полягає в *активній поведінці*. Проте, не виключається і зловживання владою або службовим становищем шляхом бездіяльності – не вчинення дій, які особа повинна та може вчинити. Бездіяльність при зловживанні владою або службовим становищем полягає у потуранні злочинам чи правопорушенням (їх неприпиненні, не повідомленні про їх вчинення в установленому порядку): представника влади – щодо будь-яких осіб; іншої службової особи – щодо підлеглих або підконтрольних осіб.[1]

Саме ж діяння при зловживанні владою або службовим становищем може складатися як з одного акту поведінки (що зустрічається рідко), так і з багатьох поведінкових актів, виконуватися продовж більш чи менш тривалого часу тим чи іншим способом.

Способи зловживання владою або службовим становищем щодо типових корупційних схем.

Будь-яке діяння виконується певним способом – шляхом виконання певних прийомів, операцій, рухів тіла, комбінацією певних актів поведінки, які в сукупності і складають це діяння. Способи зловживання владою або службовим становищем не вказані у диспозиції ч. 1 ст. 364, що пов'язане з величезною, фактично невичерпною кількістю можливих способів такого зловживання та водночас труднощами у їх виділенні, систематизації, описуванні у законі. До того ж, вказівка на такі способи обмежувала б сферу дії ст. 364, наразі вона може бути застосована щодо будь-якого за формою та змістом службового зловживання.

Відтак, спосіб вчинення не є обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 364. Але вказівка на типові, які найбільш часто зустрічаються на практиці, способи зловживання владою або службовим становищем та їх встановлення під час проведення досудового розслідування і судового розгляду дають змогу конкретизувати поняття службового зловживання, показати його зміст, провести відмежування від інших посягань. Перелік способів не може бути вичерпним, оскільки невичерпним є коло можливих зловживань та «фантазія» службових осіб, які використовують владу чи службові повноваження всупереч інтересам служби з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи для інших осіб.

Їх можна поділити на: 1) способи корупційного зловживання владою; 2) способи корупційного зловживання службовим становищем (особами, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції). Цей поділ, звісно ж, умовний, оскільки службова особа може одночасно виконувати одночасно кілька функцій.

Практика показує, що **найбільш поширеними способами зловживання службовим становищем при реалізації корупційних схем є:**

- прийняття рішень нормативного характеру – підготовка та видання нормативно-правових актів, які передбачають сприяння або ж надання переваг окремим юридичним чи фізичним особам у їхній діяльності;

- втручання у діяльність органів влади та управління, їх службових та посадових осіб, інших працівників (незаконні накази, розпорядження, вказівки щодо надання переваг окремим фізичним чи юридичним особам або усунення перешкод у їх діяльності, включаючи вказівки про припинення щодо них перевірок, звільнення від відповідальності за виявлені порушення тощо);

- вплив на прийняття рішень колегіальних органів управління;

- формування колегіальних органів, призначення на посади за мотивами особистої відданості, керованості кандидатів;

- прийняття на посаду чи просування по службі без належних на те підстав, надання переваги при наявності інших претендентів з вищою кваліфікацією, досвідом, іншими характеристиками;

---

[1] *Примітка наукового редактора.* До цілком правильних міркувань автора слід додати, що бездіяльність військових службових осіб у відповідних випадках тягне відповідальність за ст. 426, а перевищення ними влади чи службових повноважень – за ст. 426-1. При цьому за перевищення влади чи службових повноважень військовослужбовець, який є працівником правоохоронного органу, може нести відповідальність за ст. 365, а за зловживання владою чи службовим становищем, якщо воно проявляється в діях (а так само в бездіяльності, яка не охоплюється ст. 426) – за ст. 364 КК. Очевидно, що наявність стількох норм про відповідальність за службові зловживання не спрощує ні кваліфікацію цих злочинів, ні вирішення завдань щодо їх запобігання.

- призначення на посади поза обов'язковим для цього конкурсом;

- переслідування за критику (безпідставне накладання стягнень, зменшення розміру заробітної плати, скасування надбавок чи премій);

- потурання правопорушенням підлеглих чи підконтрольних осіб – невжиття передбачених законом заходів щодо проведення перевірок чи інших контрольних та наглядових заходів, відсутність належного реагування на виявлені правопорушення та щодо осіб, які їх вчинили, невжиття заходів щодо усунення причин та умов правопорушень;

- безпідставне припинення переслідування за вчинені правопорушення (закриття кримінальних проваджень або проваджень про адміністративні правопорушення, дисциплінарні проступки);

- використання державних чи комунальних коштів не за призначенням;

- придбання майна, отримання послуг в порушення встановленого порядку (зокрема, поза чергою, з недотриманням процедури оплати);

- надання державного чи комунального майна в користування з порушеннями існуючого порядку, засад рівності тощо;

- тимчасове запозичення чи використання чужого майна без належної оплати;

- надання переваги окремим фізичним чи юридичним особам під час проведення тендерів на закупівлю товарів, проведення робіт чи надання послуг (визнання переможцем не того, хто пропонує кращі умови, а того, кому надається сприяння);

- надання сприяння в одержанні кредитів, субсидій, субвенцій, дотацій;

- надання пільг без належних на те підстав;

- звільнення від платежів (чи їх зменшення);

- надання державного чи комунального майна в оренду, лізинг на умовах, вигідних для юридичної чи фізичної особи безоплатно чи за занижену плату;

- встановлення без належних підстав більш високого розміру заробітної плати, надбавок до заробітної плати, премій окремим працівникам.

Цей перелік способів службових зловживань лише приблизний, оскільки вони надто різноманітні. При цьому використання кожного такого способу пов'язане з тими функціями, які виконує службова особа, повноваженнями, якими вона наділена у зв'язку зі своїм службовим статусом. Водночас, вчинення діянь, не обумовлених статусом представника влади або іншої службової особи, які може виконати будь-яка особа, не становить способу вчинення злочину, передбаченого ст. 364.

Наслідки є обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 364. Вони прямо вказані у диспозиції ч. 1 ст. 364 та полягають у заподіянні істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Якщо така шкода ще більша за обсягом, то мають місце тяжкі наслідки – підстава для кваліфікації скоєного за ч. 2 ст. 364.

Водночас не можна ігнорувати, що метою зловживання владою або службовим становищем є одержання неправомірної вигоди для самої службової особи чи іншої фізичної або юридичної особи. Мета злочину, як загальновизнано – це кінцевий результат (а, отже, наслідок), якого хоче досягти винний. Таким чином, злочин, передбачений ст. 364, вчинюється задля спричинення **двох видів наслідків:**

1) *одержання неправомірної вигоди*. Її одержання вигоди може бути досягнуте лише за рахунок заподіяння шкоди охоронюваному законом об'єкту. Отже, вона являє собою кінцевий бажаний наслідок у складі цього посягання. При цьому одержання неправомірної вигоди є наслідком у формі створення можливості заподіяння такої шкоди. Відповідно, кримінальна відповідальність настає і тоді, коли фактично неправомірна вигода не одержана. Наявність цього наслідку КК не пов'язує з розміром вигоди;

2) *заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків потерпілому* (фізичній або юридичній особі, суспільству, державі). Це – проміжний наслідок, який винний заподіює для одержання неправомірної вигоди. При цьому конструкція складу аналізованого злочину така, що істотна шкода або тяжкі наслідки мають бути реальними (такими, що фактично настали) і з моменту їх настання злочин вважається закінченим, хоча б кінцевий бажаний наслідок (одержання неправомірної вигоди) і не настав.

Врахування обох видів наслідків зловживання владою або службовим становищем потрібне для вирішення кількох важливих питань:

- службове зловживання, передбачене ст. 364, визнається злочином лише за наявності обох видів наслідків. Заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків службового зловживання за відсутності можливості одержання неправомірної вигоди виключає визнання відповідного посягання злочином, передбаченим ст. 364. Та й саме віднесення такого посягання до корупційних обумовлене, у першу чергу, одержанням неправомірної вигоди;

- діяння, передбачене цією статтею КК, може бути визнане малозначним з урахуванням фактично отриманої чи потенційної неправомірної вигоди (а не лише шкоди, заподіяної потерпілим). Мета одержання явно незначної вигоди є підставою визнавати зловживання малозначним діянням та застосовувати ч. 2 ст. 11 КК незалежно від заподіяння істотної шкоди чи спричинення тяжких наслідків. У разі заподіяння таких наслідків слід визначати наявність складів інших злочинів (зокрема, передбаченого ст. 367) чи необхідність вирішувати питання про відшкодування у цивільно-правовому порядку)[1];

- зміст умислу має визначатися з урахуванням передбачення та вольового ставлення особи до обох видів наслідків цього злочину.

Наслідки, які полягають в одержанні неправомірної вигоди, означають порушення принципів справедливості при розподілі матеріальних благ, інших ресурсів. Розмір таких наслідків – вигоди – у КК не конкретизовано. Тому кримінальна відповідальність настає при будь-якому розмірі такої вигоди за умови, що діяння не визнається малозначним.

Поняття істотної шкоди та тяжких наслідків щодо зловживання владою витлумачене у пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364, які зазнали змін відповідно до Закону №1261-VII від 13 травня 2014 р. «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»[2]. До часу запровадження нового формулювання цих приміток у теорії кримінального права і на практиці не викликало сумнівів, що кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем наставала за заподіяння: а) наслідків матеріального характеру – які полягали у завданні майнової шкоди у відповідному розмірі; б) фізичної шкоди здоров'ю потерпілого; в) шкоди немайновим правам, свободам та інтересам громадян (праву на освіту, на охорону здоров'я тощо); г) будь-яких інших за характером наслідків, які визнавалися істотною шкодою чи тяжкими наслідками з врахуванням кількості потерпілих, ступеня порушення правоохоронюваних інтересів та можливості їх відновлення тощо. Зміни ж у тексті пунктів 3 та 4 примітки до ст. 364 породили дискусії в літературі та сумніви на практиці щодо того, охоплюють поняття істотна шкода та тяжкі наслідки лише матеріальну шкоду чи й інші наслідки – наслідки нематеріального характеру.

Судова палата у кримінальних справах ВС України у постанові від 27 жовтня 2016 р. у справі №5-99кс16 (справа М., С., Ф. та Д., обвинувачених, зокрема, за нереєстрацію виявленого злочину та непритягнення до кримінальної відповідальності особи, затриманої за придбання наркотичних засобів) сформулювала правову позицію, яка підвела підсумки цій дискусії з урахуванням чинної редакції ст. 364. Вона наступна:

- до набрання чинності Законом №1261-VII ознака «істотна шкода» у складах злочинів, передбачених статтями 364–367, розумілась як така, що охоплює і наслідки у вигляді майнової шкоди, і наслідки у вигляді шкоди немайнової;

- з набранням чинності Законом №1261-VII виклад п. 3 примітки до ст. 364 зазнав змін, оскільки законодавець уже не використовує у нормативних визначеннях ознаки «істотна шкода» сполучник

---

[1] Наприклад, особа у неправильно сприйнятих нею інтересах служби заподіює тяжку шкоду, коли хоче допомогти хорошій, на її погляд, людині, стати Президентом України, і для цього, будучи відповідною службовою особою, дає вказівку безоплатно надати для агітації на весь передвиборчий період кілька автобусів і палац культури. При цьому сама ця службова особа взагалі не має мети отримати неправомірну вигоду (для себе чи іншої фізичної чи юридичної особи), або ж така вигода є мізерною. Має йтися виключно про випадки альтруїзму за рахунок використання службового становища (допомога кандидату без розрахунку на «подяку» у вигляді посади при новому Президенті або ж оплата лікування дитині з незаможної сім'ї без розрахунку попасти за це в рай). Закон сформульовано так, що зловживання завжди передбачає мету одержання неправомірної вигоди. Мета = кінцевий результат, якого особа прагне досягти. А результат має розмір. З урахуванням цього розміру можна визначати наявність/відсутність малозначності.

[2] До вказаних змін примітка 3 до ст. 364 КК мала такий зміст: «Істотною шкодою у статтях 364, 364-1, 365, 365-2, 367, якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян», а ч. 4 містила аналогічне формулювання щодо тяжких наслідків, критерієм яких була шкода, що в двісті п'ятдесят та більше разів перевищує нмдг. Відповідно ж до вказаного Закону слова «якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків» були виключені».

«якщо» і тому чинна редакція цього положення охоплює майнову шкоду, яка досягла розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує нмдг;

- істотна шкода 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);

- 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 охоронюваним Конституцією України чи іншими законами правам та свободам 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)[1].

Як підкреслив ВС України у вказаній постанові, 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[2].

Таким чином, можна виділити **характерні риси наслідків у виді істотної шкоди та тяжких наслідків**, як ознак зловживання владою та службовим становищем (та інших злочинів у сфері службової діяльності, де вони передбачені як обов'язкові ознаки складу злочинів):

1) за своїм характером такі наслідки можуть полягати у заподіянні не лише матеріальної, а й будь-якої іншої шкоди: політичної; організаційної, здоров'ю окремої особи або населення; моральної тощо;

2) такі наслідки повинні піддаватися грошовій оцінці – мати еквівалент у нмдг. Наслідки, які неможливо виразити (оцінити, підрахувати) у грошах, не можна визнавати істотною шкодою чи тяжкими наслідками як ознаками складу злочинів у сфері службової діяльності. Фактично це означає, що відповідні дії взагалі, за чинним КК, не визнаються злочинними (наприклад, неперешкоджання чи інше потурання злочинам чи іншим правопорушенням підлеглих чи підконтрольних осіб);

3) грошова шкода повинна досягти розміру, визначеного у пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364: істотною шкодою вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує нмдг, а тяжкі наслідки мають місце, якщо шкода у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує нмдг. Якщо заподіяна внаслідок службового зловживання шкода не досягає розмірів, за яких вона може визнаватися істотною, то скоєне має оцінюватися як дисциплінарний або адміністративний (наприклад, ст. 184-1 КУпАП) проступок;

4) заподіяні наслідки повинні мати форму прямої дійсної шкоди – шкоди, яка вже настала, є закономірним та необхідним результатом зловживання владою або службовим становищем всупереч інтересам служби. В літературі і на практиці інколи висловлюється думка, що при визначенні розміру наслідків цього злочину слід враховувати і так звану втрачену вигоду (неодержані доходи – ті, які потерпілий міг би отримати, якби не було вчинено посягання). Проте, у кримінальному праві не використовується цивілістична категорія «втрачена вигода». Кримінальне право має справу з іншими поняттями – «*реальні наслідки*» (реальна або пряма дійсна шкода) або «*ймовірні наслідки*». До складу злочинних наслідків можуть відноситися лише ті, які настають неминуче, закономірно, розмір яких може бути доведений під час кримінального провадження (на відміну від ймовірних наслідків, настання яких можна лише припускати). Це, зокрема, неодержання майна, платежів, які обов'язково, в силу договірних чи інших зобов'язальних відносин повинні були бути виплачені у встановлених розмірах та у визначені строки.

---

[1] Постанова Судової палати у кримінальних справах ВС України у справі №5-99кс16 від 27 жовтня 2016 р.

[2] Там же.

Тому втрачена вигода може бути лише предметом цивільно-правового спору і не повинна враховуватися як наслідок, що є обов'язковою ознакою злочину[1];

5) як наслідки враховується шкода лише охоронюваним законом правам, свободам та інтересам – таким, які прямо передбачені нормативно-правовими актами або ж очевидно випливають з їх змісту (наприклад, права людини, охорона яких забезпечується на підставі укладених Україною міжнародно-правових угод) та за посягання на які передбачена юридична відповідальність. Водночас, не може бути визнано істотною шкодою чи тяжкими наслідками порушення прав чи інтересів, які в Україні перебувають поза правовим захистом (наприклад, відмова у наданні приміщення для проведення масового заходу, про проведення якого не було належно повідомлено органи місцевого самоврядування, вилучення контрафактної продукції тощо).

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт цього злочину – спеціальний. Ним може бути особа, наділена, крім загальних ознак суб'єкта злочину (статус фізичної особи, досягнення 16-річного віку, осудність), ще й спеціальною ознакою – вона є службовою особою. При визначенні поняття службової особи правозастосовні органи користуються роз'ясненнями, наведеними в п. 1 постанови ПВС №5 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво», де роз'яснені поняття представника влади, а також особи, яка виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції.

Аналіз практики показує, що труднощі виникають хіба що при визначенні того, чи наділені відповідними повноваженнями працівники, які виконують певні професійні обов'язки (викладач, лікар) або готують матеріали для прийняття рішень відповідними керівниками. Не вдаючись в суть дискусій, які ведуться десятиріччями, і не повторюючи неодноразово висловлених аргументів, вкажемо на ознаки службової особи, які додатково конкретизують поняття, викладені у пунктах 1 і 2 примітки до ст. 364, та формулювання, наведені у вказаній постанові ПВС, та яке це має значення.

Таблиця 3. **Ознаки службової особи.**

Характерно для службової особи	Значення відповідної риси
У відносинах з іншими людьми виступає не від себе (як працівник, професіонал у певній галузі), а як представник держави, місцевого самоврядування, державного чи комунального підприємства, установи, організації.	Характеризує «посадову ознаку» службової особи те, що вона вчиняє діяння у зв'язку з перебуванням на службі. Дозволяє відмежувати цей злочин від інших посягань та незлочинних діянь.
Інституція, яку представляє особа, відноситься до публічних.	Дає змогу відрізнити злочин, передбачений ст. 364, від інших посягань, які вчинюються у юридичних особах приватного права та передбачені іншими статтями розділу XVII.
Особа вправі визначати, чи буде (чи може і повинна) вона вчиняти певні службові дії у конкретній ситуації.	Дозволяє відрізнити службову особу від працівника, який виконує лише технічні функції, повинен оформлювати документи, продавати товари, вчити, лікувати тощо будь-кого, хто звернеться за послугами до установи, у якій він працює.
Повноваження особи поширюються на інших людей чи стосуються чужого майна.	Конкретизує зміст функцій, характерних для службової особи, дозволяє відрізнити їх від повноважень, які мають працівники, які не є службовими особами.
Дії такої особи тягнуть наслідки юридичного характеру.	

Долати труднощі у з'ясуванні того, чи перебувала особа в статусі службової на момент вчинення злочину, можна і потрібно. Для цього слід:

- ретельно з'ясовувати всі її передбачені нормативно-правовими актами повноваження, можливості, які випливають із займаної посади чи покладені на неї за спеціальним дорученням;

---

[1] Див.: Навроцький В.О. Про можливість врахування неодержаних доходів як наслідків злочинів у сфері господарської діяльності // Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності. Науково-практична конференція 5-6 жовтня 2005 р. – Х.: ТОВ «Кроссроуд», 2006. – С.61-64.

- конкретизувати, які саме з наявних повноважень дозволяли вчинити інкриміноване діяння;

- вияснити, чи використовувалися конкретні повноваження та як саме при вчиненні зловживання, виходячи з обставин конкретної справи.

У КК зараз має місце диференціація відповідальності так званих «публічних» службових осіб та службових осіб приватного права. Стаття 364 передбачає відповідальність «публічних» службових осіб, для яких характерним є те, що вони наділені повноваженнями та виступають від імені держави в цілому, органу місцевого самоврядування або ж не будь-якого, а лише державного чи комунального підприємства, установи, організації.

Поняття такої інституції наведене в абз. 1 п. 1 примітки до ст. 364 шляхом вказівки на такі ознаки: 1) наявність у статутному фонді юридичної особи державної чи комунальної частки, яка перевищує 50%; 2) наявність частки, яка забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Якщо перша ознака доволі очевидна, то друга потребує конкретизації. Вирішальний вплив на господарську діяльність обумовлений не стільки розміром частки у майні, скільки повноваженнями, якими наділені співвласники щодо створення керівних органів суб'єкта господарювання, здійснення основних господарських операцій (відчуження майна, укладення договорів на певну суму), підведення підсумків господарської діяльності, злиття та припинення функціонування підприємства тощо. Частка, необхідна для проведення вказаних дій, або ж для їх блокування (і здійснення таким чином вирішального впливу на діяльність), визначається статутом конкретного суб'єкта господарювання з урахуванням його організаційної форми, і вона може бути як більшою, так і меншою 50%.

Державна чи комунальна частка у майні юридичної особи може змінюватися. Тому її розмір потрібно встановлювати на момент вчинення зловживання.

Якщо службове зловживання вчинюється шляхом впливу на інших осіб (сторонніх, підлеглих, рівних за статусом) або впливу на вищих службових осіб чи шляхом використання колегіального органу, то вкрай важливо визначати взаємовідносини винного з іншими особами та органами, його місце у службовій ієрархії. Вирішення відповідних питань (залежно від конкретних ситуацій) відображено у Таблиці 4.

Таблиця 4. **Кваліфікація службового зловживання залежно від ситуації.**

Ситуація	Вирішення
Службова особа діє в межах повноважень (вчиняє дії, які вона, в принципі, може вчиняти), але використовує їх всупереч інтересам служби.	Має місце зловживання службовими становищем – скоєне кваліфікується за ст. 364.
Службова особа виходить за межі повноважень, виконує дії, які є у компетенції вищої службової особи, можуть вчинятися лише колегіальним органом, за особливих обставин, які відсутні або неправомірні взагалі.	
Службова особа вчиняє дії, які полягають в схилянні іншої особи до вчинення злочину.	Кваліфікація – за ч. 4 ст. 27 – стаття Особливої частини КК, яка передбачає злочин виконавця. Якщо при підбурюванні використовувалися влада чи службові повноваження – додаткова кваліфікація за ч. 1 або ч. 2 ст. 364.

Суб'єктивна сторона злочину.

Цей злочин вчиняється лише умисно, про що є пряма вказівка в диспозиції ч. 1 ст. 364. Вказівка на мету злочину у цій же диспозиції дає підставу вважати, що зловживання владою або службовим становищем вчинюється з прямим умислом.

Учинення злочину, передбаченого ст. 364, умисно означає, що винна особа:

1) усвідомлює характер свого діяння. Щодо цього злочину це означає: усвідомлення того, що винний розуміє, що своїми діями він порушить охоронюваний кримінальним законом об'єкт; знання характеру соціальної шкоди від таких діянь. Наявність такого усвідомлення нерозривно пов'язана зі знанням (розумінням) протиправності вчинюваних діянь;

2) передбачає наслідки своєї поведінки. Тобто, вчинюючи злочин, особа ще на момент виконання

дій наперед знає, що вони спрямовані на одержання неправомірної вигоди (кінцевий – бажаний наслідок) та потягнуть наслідки у вигляді заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб;

3) бажає вказаних наслідків у вигляді одержання неправомірної вигоди. Що ж до заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків для окремих громадян, юридичних осіб, суспільству чи державі, то більш характерним є свідоме допущення цих наслідків, байдуже ставлення до їх настання, коли винний погоджується з їх настанням задля досягнення своєї мети у вигляді одержання неправомірної вигоди[1].

Кожна з ознак умислу має бути доведена шляхом посилання на фактичні обставини, встановлені під час досудового слідства та судового розгляду. Найбільш важливими серед них в аспекті доказування наявності умислу є:

- дані про освіту, кваліфікацію, кар'єру, стаж роботи у посаді, у зв'язку з зайняттям якої вчинене зловживання;
- інформація про ознайомлення з нормативно-правовими актами, які визначають обов'язки і повноваження цієї службової особи;
- відомості про притягнення цієї особи до дисциплінарної відповідальності за аналогічні правопорушення, відкриття щодо неї кримінальних проваджень, знання нею про випадки притягнення до відповідальності інших службових осіб за аналогічні правопорушення;
- відомості про намагання приховати вчинене порушення, вплинути на можливих свідків, знищення документів;
- факти, які вказують на намагання отримати неправомірну вигоду.

Матеріали, які містять вказану та аналогічну інформацію, підтверджують беззаперечність того, що особа усвідомлює та передбачає інтелектуальну ознаку умислу, бажає настання наслідків у виді неправомірної вигоди та бажає або свідомо припускає шкоду фізичним чи юридичним особам, суспільству, державі. А, отже, діє умисно.

Метою аналізованого злочину є одержання службовою особою будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи для іншої юридичної чи фізичної особи. Службове зловживання може бути спрямоване для здобуття будь-якої вигоди матеріального і нематеріального характеру як для себе, так і для інших суб'єктів.

Мета як ознака суб'єктивної сторони злочину означає кінцевий результат – ідеальну ціль, якої прагне досягти винний. Вона існує у свідомості особи та направляє його волю на вчинення зловживання. Стаття 364 не обумовлює відповідальність за зловживання владою або службовим становищем реальним досягненням мети та фактичним одержанням неправомірної вигоди. Тому склад цього злочину має місце і тоді, коли така вигода насправді не отримана.

Але відсутність вказаної мети (наприклад, при вчиненні неправомірних дій з неправильно зрозумілих інтересів служби, коли «вигоду» в уяві винного має отримати все суспільство чи держава) виключає кримінальну відповідальність за ст. 364.

2.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 364 КК
(Р. Шехавцов)

Загальні положення.

Зловживання владою або службовим становищем, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 364, умовно можна поділити на дві групи.

Першу становлять протиправні діяння, які виступають компонентами системи різних злочинів, що вчиняються як службовою особою, так і іншими особами, спрямованих на одержання неправомірної вигоди для самої себе чи інших фізичних або юридичних осіб. До числа злочинів, у взаємозв'язку із якими вчиняються передбачені ст. 364, як показує аналіз слідчої та судової практики, можуть відноситися вказані у ч. 3 ст. 190, частинах 3, 4 ст. 191, ч. 2 ст. 201, статтях 206-2, 209, 210, 222, ч. 4

[1] *Примітка наукового редактора.* Утім, не виключається і необережне ставлення до наслідків у виді істотної шкоди або тяжких наслідків. Інший підхід не дозволив би інкримінувати винній особі, наприклад, майнові наслідки, пов'язані з тривалою відсутністю теплопостачання в місті, настання яких службова особа не передбачала, хоча повинна була і могла їх передбачити, коли відмовилась проводити тендер.

ст. 358, ст. 366, частинах 3, 4 ст. 368, частинах 3, 4 ст. 369. При цьому, аналіз значення зловживання владою або службовим становищем, коли воно вчиняється у сукупності з зазначеними злочинами, показує, що нерідко саме вчинення таких дій забезпечує створення умов для досягнення злочинної мети наступних протиправних дій. Тому при виявленні цих злочинів обов'язково треба досліджувати на предмет законності дії, рішення службової особи, які передували чи могли передувати їх вчиненню.

Другу групу становлять діяння, які охоплюються тільки ст. 364. Не у всіх кримінальних провадженнях, у яких за вироком суду особа засуджена за вчинення злочину, передбаченого ст. 364, предметом досудового розслідування був тільки цей злочин.

Про вчинене зловживання владою або службовим становищем у більшості випадків правоохоронному органу стає відомо вже після таких дій і, відповідно, події взаємопов'язаних із ним злочинів до цього також вже відбулися. Довести факт, наприклад, одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368), коли предметом неправомірної вигоди були грошові кошти у готівковій формі, не просто. Тим більше, коли особа, на користь якої діяла службова особа, вчиняючи протиправні дії, які підпадають під ознаки, передбачені ст. 364, добровільно не заявила про надання нею неправомірної вигоди за такі дії цій службовій особі.

Факт вилучення у службової особи значних сум готівкових коштів або інших матеріальних цінностей завжди повинен досліджуватися на предмет джерела їх походження.

Його результати можуть привести до притягнення особи до кримінальної відповідальності за одержання неправомірної вигоди чи – у разі криміналізації цього діяння – незаконне збагачення. Але, через протидію розслідуванню, спрямовану на забезпечення приховування фактів незаконного походження матеріальних цінностей, не завжди вдається зібрати докази незаконності джерел грошових коштів, набуття певних активів у взаємозв'язку із вчиненим службовою особою зловживанням владою або службовим становищем (наприклад, давання показань особою, на користь якої службова особа зловживала владою чи службовим становищем, що вона цій особі за такі дії не надавала неправомірну вигоду, і водночас давання показань родичем службової особи, який є заможною людиною, про «дачу» в борг цій особі вилучених грошей, на підтвердження цього може надаватися й «розписка»). Тому у підсумку службову особу притягають до кримінальної відповідальності тільки за злочин, передбачений у ст. 364.

У ситуаціях, коли службова особа сама або коли інша фізична чи юридична особа отримала неправомірну вигоду внаслідок зловживання нею владою або службовим становищем, у кримінальному провадженні має бути встановлене усвідомлення службовою особою того, що вона або інша фізична чи юридична особа одержала в результаті вчинених нею протиправних дій неправомірну вигоду і в чому саме остання полягала. За таких обставин службова особа, намагаючись уникнути кримінальної відповідальності за більш тяжкий злочин, яким є зловживання владою або службовим становищем, може дати показання в контексті визнання наявності в її діях ознак службової недбалості (ст. 367). Доказування у кримінальному провадженні, що службова особа усвідомлювала використання неї влади чи службового становища всупереч інтересам служби, знала і не могла не знати про те, що внаслідок таких її дій вона або інша фізична чи юридична особа одержала неправомірну вигоду, може відбуватися шляхом послідовних дій слідчого, спрямованих на **дослідження:**

- нормативно-правових актів, які регламентують діяльність державного органу та цієї службової особи;

- звичайної практики їх діяльності в аналогічних ситуаціях та її порівняння з діями, які були вчинені службовою особою, щодо яких є підстави вважати про наявність у них ознак злочину, передбаченого ст. 364;

- наявності та характеру взаємозв'язку між службовою особою та фізичною чи юридичною особою, які внаслідок таких дій службової особи одержали неправомірну вигоду, та у чому це виражалось (наприклад, фізична особа є родичем, близьким, знайомим тощо, а щодо юридичної особи службова особа чи її родичі, близькі, знайомі можуть бути її засновниками чи засновниками юридичної особи, яка є кінцевим бенефіціаром юридичної особи, яка одержала неправомірну вигоду, або така юридична особа є бізнес-партнером юридичної особи, пов'язаної зі службовою особою, і одержана неправомірна вигода забезпечила їх подальшу спільну фінансово-господарську діяльність, тощо).

Одним із чинників, які можуть суттєво ускладнити доказування обставин цих злочинів, є дискреційність повноважень службової особи, яка прийняла рішення чи вчинила дії, які визначаються

стороною обвинувачення як такі, що є зловживанням владою або службовим становищем, та передбачена у нормативно-правових актах послідовність дій, рішень, які мають бути здійснені іншими службовими особами, без яких таке рішення чи дії не могли бути здійснені. На практиці проблема полягає у критеріях, за якими треба здійснювати під час досудового розслідування та судового розгляду визначення наявності ознак зловживання владою або службовим становищем.

Для цього останнім часом органи досудового розслідування та прокуратури, а також сторона захисту практикують звернення з позовами до адміністративних судів про визнання незаконними або навпаки законними рішень, дій та бездіяльності суб'єктів владних повноважень, до господарських судів про укладання, зміну, розірвання і виконання правочинів у господарській діяльності, приватизацію майна, тощо. В якості прикладів можна навести так звані «справу Насірова», «справу рюкзаків Авакова», «справу Трейд коммодіті», «справу Укрзалізниці», «справу Запорізького титаново-магнієвого комбінату». Рішення судів некримінальної юрисдикції як сторона обвинувачення, так і сторона захисту намагаються використати на свою користь як преюдицію для кримінального судочинства, зокрема, щодо фактів, які були встановлені у процесі доказування та покладені в обґрунтування рішення суду некримінальної юрисдикції.

Така практика є неоднозначною. З одного боку, як позитивне можна оцінити прагнення не чекаючи вироку суду, паралельно із кримінальним провадженням, досудове розслідуванням та судовий розгляд по яких можуть зайняти тривалий час, звернутися до суду відповідної юрисдикції з метою забезпечення відновлення порушених прав і законних інтересів фізичних, юридичних осіб, держави. З іншого боку, судове рішення суду іншої юрисдикції не є доказом, не містить доказів і не має безпосереднього впливу на доказову базу. У випадках, коли судовим рішенням суду іншої юрисдикції встановлено порушення прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР, воно має значення при вирішенні питання про допустимість відповідних (окремих) доказів. Суддя у кримінальному провадженні уповноважений відхилити надане як доказ рішення суду некримінальної юрисдикції, яке набрало законної сили, оскільки воно не є доказом. Судові рішення, що мають значення для цього кримінального провадження, долучаються до обвинувального акта (ч. 1 ст. 317 КПК). Такі рішення можуть використовуватися у доказуванні для додаткового обґрунтування процесуально-правової позиції сторони кримінального провадження, але тільки у сукупності із доказами, які були одержані у кримінальному провадженні. Тобто, під час досудового розслідування шляхом проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій мають бути досліджені в повному обсязі всі обставини, які підлягають доказуванню, без розрахунку на рішення суду іншої юрисдикції.

В якості критеріїв визначення під час доказування у кримінальному провадженні законності дій службової особи при реалізації своїх дискреційних повноважень можна використовувати положення **Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи №R(80)2 «Щодо використання дискреційних повноважень адміністративними органами»** від 11 березня 1980 р.

У розділі II цих Рекомендацій визначено, що адміністративний орган при здійсненні дискреційних повноважень:

1) не повинен мати мети, крім тієї, на яку було надано повноваження;

2) має дотримуватися об'єктивності та неупередженості, беручи до уваги лише фактори, що мають відношення до конкретного випадку;

3) має дотримуватися принципу рівності перед законом, уникаючи нечесної дискримінації;

4) має підтримувати належний баланс між будь-якими несприятливими наслідками, які його рішення може мати на права, свободи або інтереси осіб та цілі, яких вони прагнуть досягти;

5) приймає своє рішення протягом часу, прийнятного з огляду на поставлене питання;

6) застосовує будь-які загальні адміністративні директиви послідовно, одночасно беручи до уваги особливі обставини кожної справи.

Прийнятність використання наведених положень вказаних Рекомендацій у судовій практиці випливає із системного аналізу Статуту Ради Європи від 5 травня 1949 р. та Закону «Про приєднання України до Статуту Ради Європи» від 31 жовтня 1995 р., яким Україна взяла на себе зобов'язання керуватися рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи. Наявні й конкретні приклади використання Вищим адміністративним судом України цих Рекомендацій.

Таким чином, це дає підстави для використання їх і в кримінальному провадженні під час дослідження дій, рішень службової особи на предмет наявності у них ознак зловживання владою або службовим становищем.

Джерелами даних про обставини вчинення злочинів, передбачених ст. 364 КК, в першу чергу, є:

- документи установи, у якій працює службова особа, які містять дані про її службове становище, коло повноважень на той момент чи період часу, коли був вчинений злочин, дії чи рішення, які були цією особою здійснені для одержання неправомірної вигоди, дії та рішення, які передували їм та слідували за ними, реалізовані іншими особами, у т.ч. службовими особами, конкретні наслідки дій чи рішень, які визначаються як зловживання владою чи службовим становищем;
- документи, які є проектами рішень службової особи, у т.ч. в електронній формі;
- документи, які знаходяться у фізичних чи юридичних осіб, які як одержали неправомірну вигоду від зловживання владою чи службовим становищем, так і постраждали від таких дій чи рішень;
- документи юридичних та інших осіб, у яких відображені процес та результати виконання прийнятих службовою особою рішень. Щодо останніх як приклад можна навести банківські установи, де знаходилися рахунки юридичних осіб, фізичних осіб, з яких здійснювалося списання, зарахування грошових коштів, а також державні реєстри, нотаріуси, тощо.

Те, що зловживання владою або службовим становищем одержує своє відображення у документах – це як ускладнює, так і полегшує досудове розслідування цих злочинів. Ускладнення можуть викликати: дії злочинців, спрямовані на приховування факту зловживання владою або службовим становищем шляхом приховування документів, які ці дії відображають, заміну їх на підроблені; тривалий час, який може знадобитися для одержання шляхом витребування, здійснення тимчасових доступів до речей і документів, обшуків, особливо при застосуванні засобів міжнародного співробітництва під час досудового розслідування, всіх документів, які мають значення для кримінального провадження. Але, з іншого боку, за документами, коли вони є, досліджуються дії службової особи та інших осіб. Вони, за встановлення їх справжності, об'єктивізують процес доказування, виступаючи як основа для оцінки дій, рішень службової особи на предмет їх відповідності вимогам законодавства, встановлення факту одержання неправомірної вигоди цією особою, іншою фізичною чи юридичною особою, а також достовірності показань свідків, підозрюваного.

Вкрай важливо слідчому та прокурору для успішного розслідування злочинів, передбачених ст. 364, ретельно вивчати сферу діяльності службової особи (виробництва та промисловості, охорони здоров'я, освіти, банківську, правоохоронну, місцевого самоврядування, мілітаризованої державної служби, тощо), нормативно-правові акти, які були чинними на момент здійснення дій та рішень, щодо яких є підстави вважати, що в них наявні ознаки зловживання владою або службовим становищем, а також постійно систематизувати за допомогою допоміжних засобів планування розслідування (конспектів матеріалів кримінального провадження, схем готування, вчинення та приховування злочину, з відображенням послідовності дій, хто їх здійснював, у яких документах це одержало відображення, а також взаємозв'язку цих дій із готуванням, вчиненням та приховуванням інших злочинів, тощо) дані, які мають значення для кримінального провадження.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 364 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

У такій ситуації на момент внесення відомостей до ЄРДР слідчий, прокурор нерідко мають у своєму розпорядженні зібрані оперативним підрозділом матеріали (копії або оригінали рішень органів державної влади, місцевого самоврядування, документів щодо фінансово-господарських операцій, узагальнення нормативно-правових актів у сфері діяльності службової особи, суб'єктів господарювання, витяги із різних державних реєстрів та системи ProZorro, повідомлення, одержані в результаті конфіденційного співробітництва, матеріали проведення окремих оперативно-розшукових заходів тощо), які містять обсяг інформації, достатній не тільки для початку кримінального провадження, а й який забезпечує активне збирання доказів про злочин, передбачений у ст. 364.

Це може мінімізувати ризики приховування чи знищення документів та інших матеріальних об'єктів, які можуть мати значення речових доказів у кримінальному провадженні. Рекомендується слідчому, прокурору у цій та інших слідчих ситуаціях концентруватися на одержанні дозволів та здійсненні обшуків та тимчасових доступів до речей і документів у найкоротші строки з моменту внесення відомостей до ЄРДР. Через важливість речей (зразків виробів – запасних частин, інструментів, озброєння, обладнання тощо, відповідних їм серійних продуктів виробництва, інших товарно-матеріальних цінностей) та документів як речових доказів для доказування по цій

категорії кримінальних проваджень, а відтак – підвищену увагу сторони захисту до законності та обґрунтованості прийняття процесуальних рішень та процедури проведення обшуків, звертаємо увагу, що з 16 березня 2018 р. за новою редакцією ч. 3 ст. 234 КПК передбачена необхідність наводити у клопотанні щодо надання дозволу на проведення **обшуку:**

- індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням (п. 7 ч. 3 ст. 234 КПК). Індивідуальними є такі властивості, риси матеріального об'єкту або особи, які дозволяють виокремити їх з числа однорідних з ними (наприклад, наявність на речі серійного номеру, спеціальних позначок). Родовими ознаками є властивості, риси, які притаманні групі однорідних матеріальних об'єктів (наприклад, вказувати у клопотанні як об'єкт пошуку не розпорядчі документи державної установи, бухгалтерські документи підприємства «НАЗВА» за період з … по …, а найменування та відомі реквізити таких документів – постанова, наказ, розпорядження, протокол засідання конкурсної комісії від конкретної дати, щодо вирішення певного питання, накладна, ордер, платіжне доручення, рахунок-фактура, квартальний звіт щодо здійснення конкретних фінансово-господарських операцій за певний період часу конкретним суб'єктом господарювання). Треба зазначати, яке саме значення для досудового розслідування мають ці речі або документи, тобто доказами щодо яких саме обставин вчиненого кримінального правопорушення можуть бути дані, які в них містяться. Якщо матеріальні об'єкти, які планується одержати проведенням обшуку, є знаряддями кримінального правопорушення, предметами, документами, вилученими з обігу, то це має бути обов'язково вказано у клопотанні. Якщо таких відомостей не наводити, то виникають підстави для відмови слідчим суддею у задоволенні клопотання щодо проведення обшуку (пункти 2, 3 ч. 5 ст. 234 КПК);

- обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК. Зазначена вимога не поширюється на випадки проведення обшуку з метою відшукання знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу (п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК). Таке обґрунтування може полягати у наведенні у клопотанні даних про те, що особа, у житлі чи іншому володінні якої необхідно провести обшук, є причетною до вчинення конкретного кримінального правопорушення шляхом здійснення певних дій, які забезпечили його готування, вчинення чи приховування, або вона набула процесуальний статус підозрюваної, щодо неї не застосоване затримання, тому з метою уникнення кримінальної відповідальності вона може знищити чи приховати речові докази, або є дані, які вказують на зацікавленість особи, у якої необхідно провести обшук, у не притягненні до кримінальної відповідальності підозрюваного, наприклад, через родинні зв'язки, дружні стосунки з останнім, або є дані про те, що особа, яка розшукується, може знаходитися у певному житлі чи іншому володінні особи і з метою унеможливлення її затримання співробітниками НАБУ не виходить з цього приміщення у публічно доступні місця, тощо. Ці дані мають носити конкретний характер, тобто містити посилання на процесуальний чи інший документ, де вони зафіксовані. Останнє прямо витікає з нормативних приписів абзацу другого ч. 3 ст. 234 КПК.

Слідчий повинен завжди здійснювати критичний аналіз складеного ним клопотання щодо проведення обшуку в контексті вимог ч. 5 ст. 234 КПК, щоб уникнути випадків відмов прокурора, слідчого судді у задоволенні такого клопотання. У ч. 5 ст. 234 КПК з'явився новий пункт 5, який зобов'язує слідчого суддю з'ясовувати, чи є обшук найбільш доцільним та ефективним способом відшукання та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи. Тому у клопотанні по завершенні обґрунтування проведення обшуку має міститися висновок про те що, виходячи з наведеного у описаних вище обставинах, які склалися у кримінальному провадженні обшук у житлі чи іншому володінні особи є найбільш доцільним та ефективним способом відшукання та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, або він є найбільш доцільним та ефективним способом встановлення місцезнаходження розшукуваної особи, і він є заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи. Щодо пропорційності втручання в особисте і сімейне життя особи, у якої будуть проводити обшук, то даний критерій прийняття рішення слідчим суддею щодо проведення обшуку витікає з практики ЄСПЛ в контексті тлумачення змісту ст. 8 ЄКПЛ та означає наявність

легітимної мети, тобто втручання здійснюється згідно із законом, і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (наприклад, рішення ЄСПЛ у справах «*Німіц проти Німеччини*» від 16 грудня 1992 р., «*Роумен та Шміт проти Люксембургу*» від 25 лютого 2003 р., «*Бук проти Німеччини*» від 28 квітня 2005 р., «*Пантелеєнко проти України*» від 29 червня 2006 р., «*Ратушна проти України*» від 2 березня 2011 р.), тобто відшукання речових доказів забезпечує встановлення особи злочинця та притягнення його до кримінальної відповідальності.

Відповідно до ч. 6 ст. 234 КПК у разі відмови у задоволенні клопотання про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи слідчий, прокурор не має права повторно звертатися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на обшук того самого житла чи іншого володіння особи, якщо у клопотанні не зазначені нові обставини, які не розглядалися слідчим суддею. Тобто мають бути одержані проведенням процесуальних дій (хоча б однієї) з нового джерела нові фактичні дані, які виступають підставою для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи.

За нормативними приписами ч. 10 ст. 236 та абзацу другого ч. 1 ст. 107 КПК обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису. Відповідно до ч. 6 ст. 107 КПК незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними. Тож у випадках, коли під час обшуку відеокамера вийде з ладу, необхідно припинити проведення обшуку, знайти нову відеокамеру та продовжити відеозапис. Цей факт, а також застосування іншої відеокамери замість тої, що вийшла із ладу, та перерви у здійсненні аудіо-, відеозапису через технічні причини (заміна акумуляторної батареї, технічного носія інформації), очікування захисника (адвоката) з припиненням на цей час проведення обшуку має бути обов'язково вказані у протоколі обшуку, а також зафіксовані на відео. Під час проведення обшуку не має бути так, що відшукання документів, інших матеріальних об'єктів відбулося без фіксування цього за допомогою аудіо-, відеозапису, без присутності понятих, особи, у якої проводять обшук або представника юридичної особи, у володінні якої проводиться ця слідча (розшукова) дія. Аудіо-, відеозапис обшуку повинен починатися з моменту початку обшуку до завершення підписанням його протоколу.

Недотримання цих рекомендацій щодо проведення обшуків житла чи іншого володіння особи призведе до визнання результатів цієї слідчої (розшукової) дії недопустимими доказами у кримінальному провадженні.

На вилучені речі, документи, які мають значення для кримінального провадження як речові докази, накладається **арешт.**

Не менш важливими для доказування є й **допити** у якості свідків осіб, які працюють:

- разом зі службовою особою та яким відомо про дії та рішення цієї особи, щодо яких є підстави вважати, що у них наявні ознаки зловживання владою або службовим становищем;

- в органах державної влади, місцевого самоврядування, підприємствах, установах, організаціях та які безпосередньо виконували такі рішення службової особи;

- в органах державної влади, місцевого самоврядування, підприємствах, установах, організаціях та які не є зацікавленими у результатах кримінального провадження і можуть дати як фахівці показання щодо змісту нормативних приписів законодавства та звичайної практики його застосування службовими та іншими особами;

- в юридичній особі, яка одержала неправомірну вигоду внаслідок зловживання владою чи службовими повноваженнями, та яким відомо про події, які передували та безпосередньо пов'язані з одержанням цією юридичною особою вигоди, яка стороною обвинувачення визначається як неправомірна, а також про взаємозв'язок між службовою особою та цією юридичною особою.

Вилучені під час тимчасового доступу, обшуку речі і документи для вивчення їх на предмет наявності ознак їх підробки можуть бути оглянуті. Підставою для **огляду** може бути те, що під час проведення цих процесуальних дій, як правило, немає належних умов для ретельного вивчення речей і документів. Такий огляд, особливо документів, може відбутися за участі осіб, які причетні до їх створення.

Результати огляду разом із показаннями цих осіб, під час одержання яких документи пред'являються їм для одержання пояснень щодо їх створення та зв'язку з обставинами вчинення

злочину, передбаченого ст. 364, можуть стати підставою для призначення криміналістичних (техніко-криміналістичної експертизи документів, криміналістичної експертизи матеріалів, речовин та виробів, почеркознавчої), інженерно-технічної (інженерно-транспортної, дорожньо-технічної, будівельно-технічної, оціночно-будівельної, земельно-технічної, оціночно-земельної, експертиза з питань землеустрою та ін.), товарознавчої (машин, обладнання, сировини та товарів народного споживання; автотоварознавчої; транспортно-товарознавчої; військового майна, техніки та озброєння), економічної (бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій), екологічної та інших видів **експертиз**. Проведення більшості з цих експертиз може потребувати значного часу, тому треба не зволікати і призначати їх одразу після встановлення підстав для їх проведення. Значення висновків судових експертиз як джерел доказів у таких кримінальних провадженнях важко переоцінити. Без них у переважній більшості випадків розслідування злочинів, передбачених ст. 364, підстав для повідомлення про підозру службовій особі може бути недостатньо. Тривалість проведення інженерно-технічних, економічних, товарознавчих експертиз має завжди враховуватися слідчим, прокурором перед прийняттям рішення щодо повідомлення особі про підозру, щоб не створити ситуацію, коли максимальний строк досудового розслідування вичерпується, а висновку експертизи немає.

Після повідомлення про підозру службовій особі здійснюється її допит, вирішується питання щодо обрання їй запобіжного заходу, відсторонення цієї особи від посади, пред'явлення цивільного позову.

2. Відомості про подію злочину, передбаченому у ст. 364 КК, отримані за результатами планової ревізії чи перевірки.

Така ситуація є найбільш оптимальною для досудового розслідування. За підсумками ревізії чи перевірки (аудиторської, податкової) до органу досудового розслідування передається не тільки відповідно висновок чи акт їх проведення, який містить результати дослідження з питань діяльності органу, установи, підприємства, організації, а й матеріали, у переважній більшості випадків у вигляді копій фінансово-господарських та бухгалтерських документів, за результатами аналізу фінансово-господарської діяльності у разі встановлення порушень законодавства, за які передбачено кримінальну відповідальність або які містять ознаки корупційних діянь.

У спірному в останній час питанні щодо законності призначення ревізій та перевірок суб'єктів господарювання у кримінальних провадженнях слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором, Касаційним кримінальним судом ВС в ухвалі у справі №243/6674/17-к від 6 березня 2018 р. сформована правова позиція, що слідчий суддя, надаючи слідчому дозвіл на проведення перевірки, виходить за межі своїх повноважень і приймає рішення, яке не передбачене кримінальним процесуальним законодавством. Таким чином, джерелом доказів в контексті положень ч. 2 ст. 93, ч. 1, п. 4 ч. 2 ст. 99 КПК є висновки ревізій, акти перевірок, які були проведені поза межами кримінального провадження та отримані органом досудового розслідування. Якщо така ревізія чи перевірка не проводилася, то у кримінальному провадженні призначається відповідна економічна, товарознавча, інженерно-технічна або комплексна експертиза, яка може об'єднувати у різних комбінаціях залежно від потреб доказування вирішення питань, віднесених до предмету дослідження вказаних експертиз.

У слідчій ситуації, яка розглядається, важливе місце займає ретельне вивчення одержаного **висновку ревізії, акту перевірки** та документів, які до нього додаються, а також нормативно-правових актів, на які є посилання у висновку ревізії, акті перевірки, як на такі, нормативні приписи яких були порушені службовою особою. Рекомендується слідчому для впорядкування одержаних даних про дії, рішення службової особи, які мають ознаки зловживання владою або службовим становищем, використовувати конспектування матеріалів ревізії, перевірки, складати схеми, таблиці, у яких відображати послідовність дій, рішень, осіб, які їх здійснювали, та одержаних результатів, із наведенням реквізитів відповідних документів, встановленої під час ревізії, перевірки матеріальної шкоди та від яких саме дій та вчинених ким саме вона настала, які дії та ким під час проведення ревізії, перевірки були здійснені для відшкодування нарахованих сум матеріальних збитків, яка матеріальна шкода є невідшкодованою на момент завершення ревізії, перевірки.

Допит як свідків осіб, які проводили ревізію чи перевірку, як правило, проводиться у ситуаціях, коли у матеріалах ревізії, перевірки є заперечення зі сторони службової особи, у діяльності якої були виявлені порушення, наявна конкуренція між нормами нормативно-правових актів чи прогалини щодо регламентації її діяльності і шляхом дослідження документів однозначно встановити причини

їх неврахування особами, які здійснювали ревізію, перевірку, неможливо. Однак, це не означає, що слідчий не може допитати осіб, які проводили ревізію, перевірку з питань застосування певних методик проведення досліджень, особливостей встановлення сум прямих та непрямих збитків, вимог нормативно-правових актів, тощо.

На підставі вивчення матеріалів ревізії, перевірки визначаються переліки документів, речей, які мають бути вилучені, які документи не будуть мати значення речових доказів і тому можуть бути одержані у вигляді копій, з яких матеріальних об'єктів необхідно одержати зразки для проведення судових експертиз. Одержання слідчим речей, документів може відбутися як шляхом здійснення **тимчасового доступу** до них, так і, за наявності для цього підстав, проведенням **обшуків**. Одержання зразків для проведення судових експертиз може бути здійснене як шляхом проведення процесуальної дії, передбаченої у ст. 245 КПК, або шляхом проведення **огляду** (наприклад, місцевості, будівлі, споруди, де виконувались будівельні або ремонтні роботи, складських приміщень, де знаходиться поставлена продукція, тощо).

Рекомендується тільки після з'ясування слідчим як результатів ревізії, перевірки, так і одержання оригіналів документів, які містять відомості, що мають значення для кримінального провадження, здійснювати допити свідків, перелік груп яких наведений у попередній слідчій ситуації. Наявність оригіналів документів посилює аргументи слідчого щодо наявності у діях службової особи ознак злочину, передбаченого ст. 364, а як наслідок сприяє психологічному впливу на свідка з метою схиляння його до давання правдивих показань.

Копії документів можуть одержати статус речових доказів у кримінальному провадженні, однак, вони мають суттєві недоліки, пов'язані з неможливістю шляхом проведення техніко-криміналістичної експертизи документів, почеркознавчої експертизи встановити факт виготовлення документу оригіналу за участі конкретної особи. А відтак завжди буде ризик постановки під сумнів такого факту стороною захисту і використання для обґрунтування невинуватості підозрюваного (обвинуваченого).

У випадках, коли під час проведення ревізії, перевірки залишилися не дослідженими питання, з'ясування яких потребує застосування спеціальних знань, призначаються відповідні **експертизи**.

Тільки за наявності сукупності прямих доказів, джерелами яких можуть бути показання свідків, протоколи слідчих (розшукових), інших процесуальних дій та додатки до них, висновок ревізії, акт перевірки, висновки судових експертиз, речові докази, може бути здійснене повідомлення про підозру службовій особі, проведений її допит, з подальшим обранням їй запобіжного заходу, вирішенням питання щодо відсторонення цієї особи від посади, пред'явленням цивільного позову.

3. Відомості про подію злочину, передбаченому у ст. 364 КК, отримані із повідомлень у засобах масової інформації, сформованих з результатів журналістських розслідувань або матеріалів громадських організацій.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР увага приділяється одержанню від журналістів, громадської організації матеріалів, на підставі яких вони обґрунтовують свої твердження щодо наявності у діях службової особи ознак зловживання владою чи службовим становищем.

Такі матеріали можуть мати різний рівень забезпеченості документами, інформацією від осіб, яким відомо про обставини вчинення злочину, однак, незалежно від цього їхня цінність полягає у тому, що, по-перше, завдяки ним може бути виявлений факт зловживання владою чи службовим становищем та розпочато досудове розслідування, а по-друге, вони містять узагальнення діяльності службової особи, підтверджене тими чи іншими документами, їх копіями, яке полегшує пошуково-пізнавальну діяльність слідчого на початковому етапі розслідування. Проблему для одержання слідчим від журналіста більш детальної інформації про обставини вчинення протиправних дій службовою особою може становити наданий йому відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 65 КПК імунітет від **допиту** його як свідка про відомості, які містять конфіденційну інформацію професійного характеру, надану за умови нерозголошення авторства або джерела інформації. Однак, це не забороняє слідчому допитати журналіста з питань проведення журналістського розслідування щодо даних, з яких у нього немає зобов'язань не розголошувати авторство або джерело інформації, а також що саме виступило підставою для твердження про наявність у діях службової особи ознак зловживання владою чи службовим становищем. У ситуації, коли про вчинений злочин повідомила громадська організація, допитуються як свідки керівник та співробітники цієї організації, які зібрали інформацію про нього.

В цілому алгоритм розслідування у цій ситуації відповідає наведеному для першої слідчої ситуації. Виняток – до першочергових дій слідчого відноситься й тимчасовий доступ до документів,

у т.ч. відеозаписів інтерв'ю, телепередачі, які можуть знаходитися у журналіста, засобу масової інформації, громадської організації, щодо зловживання владою або службовим становищем.

4. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 364 КК, отримані в результаті здійснення досудового розслідування інших, пов'язаних із ним злочинів.

У такій слідчій ситуації комплекс дій слідчого залежить від джерела, з якого стало відомо про зловживання владою або службовим становищем. Це можуть бути матеріали ревізії, перевірки, по яких розпочато кримінальне провадження щодо злочинів, передбачених у частинах 3, 4 ст. 191, статтях 206-2, 209, 210, 222, та/або показання осіб, які вчинили ці злочини, з яких стає відомо про вчинення службовою особою зловживання владою чи службовим становищем, яке забезпечило умови для реалізації злочинних намірів цих осіб, чи показання осіб, яким відомо про ці обставини.

Оптимальною для розслідування є ситуація, коли у слідчого в наявності є як висновок ревізії, акт перевірки, так і показання осіб щодо обставин зловживання владою чи службовим становищем. Менш сприятливою є та ситуація, коли відомості про злочин, передбачений у ст. 364, містяться тільки у показаннях осіб, які є свідками у кримінальному провадженні.

На підставі цих відомостей приймається рішення щодо виділення матеріалів досудового розслідування, до ЄРДР вносяться відомості про злочин, передбачений ст. 364. Якщо джерелом доказів у цьому кримінальному провадженні буде висновок ревізії, акт перевірки, то рекомендується витребувати дублікат цього документу в установі, яка здійснювала ревізію, перевірку. У такий спосіб буде сформований документ, який відповідно до вимог ч. 2 ст. 84, ч. 4 ст. 99 КПК є джерелом доказів. Копії з висновку ревізії, акту перевірки робити не бажано через те, що виготовлений у такий спосіб документ може бути не визнаний судом джерелом доказів.

Послідовність дій слідчого залежить від первинних матеріалів, які були наявні на момент його початку, та може бути аналогічною описаній для першої або другої слідчої ситуації.

2.3. Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням (ст. 210 КК).[1] Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону (ст. 211 КК) *(О. Дудоров)*

Обов'язковими ознаками складу злочину, передбаченого ст. 210, є:

1) предмет – бюджетні кошти у великих або особливо великих розмірах;

2) дія – нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік, а так само надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік[2];

3) суб'єкт – спеціальний (службова особа розпорядника або одержувача бюджетних коштів);

4) вина у формі прямого умислу.

Основним нормативно-правовим актом, який визначає засади бюджетної системи України, її структуру, принципи, правові засади функціонування, основи бюджетного процесу і міжбюджетних відносин і до положень якого слід передусім звертатись при розкритті бланкетної диспозиції

---

[1] Ця стаття КК є, на перший погляд, відображенням ст. 17 Конвенції ООН проти корупції «Розкрадання, привласнення або інше цільове використання майна державною посадовою особою». Однак описання складу злочину, передбаченого коментованою статтею, на відміну від згаданої конвенційної норми, не вказує на мету одержання неправомірної вигоди для суб'єкта злочину, іншої фізичної або юридичної особи. До того ж вчинення злочину, передбаченого ст. 210, може лише створювати передумови для розкрадання відповідним суб'єктом певного майна. А обов'язковою ознакою корупційного правопорушення є те, що неправомірна вигода залежно від конкретних обставин може бути його метою, засобом або предметом (Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. Хавронюк М.І. К., 2018. С. 46, 47). Натомість небезпека розглядуваного злочину визначається головним чином посяганням на бюджетну систему в частині встановленого порядку виконання державного й місцевих бюджетів за видатками і кредитування з бюджету.

[2] Коментована стаття визнає злочином всього два (названі, відповідно, у пунктах 24 і 29 ч. 1 ст. 116 БК) порушення бюджетного законодавства. Подолати таку вибірковість у частині криміналізації бюджетних правопорушень можна шляхом використання в тексті ст. 210 КК узагальнюючого формулювання «незаконне здійснення витрат бюджету» і виокремлення такої відмінної від попередньої форми поведінки, як порушення порядку здійснення міжбюджетних трансфертів.

коментованої статті КК, є БК. При виконанні державного бюджету і місцевих бюджетів застосовується казначейське обслуговування бюджетних коштів. Його забезпечує ДК на основі ведення єдиного казначейського рахунку, відкритого у НБ (ч. 1 ст. 43 БК).

Предмет злочину.

Обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 210, є **предмет** – бюджетні кошти у великих або особливо великих розмірах.

Визначення ***бюджетних коштів*** наводиться у п. 1 примітки до ст. 210. Якщо це (кримінально-правове) поняття охоплює лише надходження бюджетів, то визначення вказаного поняття, закріплене у регулятивному законодавстві (п. 11 ч. 1 ст. 2 БК), – і витрати бюджету. З урахуванням того, що злочинність діяння визначається законом про кримінальну відповідальність (ч. 2 ст. 4 КК), поняття бюджетних коштів при кваліфікації вчиненого за ст. 210 має розумітись в його вузькому (кримінально-правовому) значенні[1].

Бюджетні кошти можуть знаходитись на єдиному казначейському рахунку, на рахунках бюджетних установ в органах ДК (чи на рахунках у банківських установах у випадках, передбачених законодавством[2]) або в касах бюджетних установ. Кошти є бюджетними як тоді, коли вони є в головних розпорядників, так і після їх перерахування розпорядникам нижчого рівня або одержувачам.

Власні надходження бюджетних установ поділяються на дві групи:

1) надходження від плати за послуги, що надаються такими установами згідно із законодавством (зокрема, надходження від додаткової (господарської) діяльності; плата за оренду майна бюджетних установ);

2) інші джерела власних надходжень бюджетних установ (благодійні внески, гранти, дарунки; кошти, які бюджетні установи отримують для виконання цільових заходів, тощо). Згідно зі ст. 13 БК власні надходження бюджетних установ включені до відповідних бюджетів (їх спеціальних фондів), у зв'язку з чим і такі кошти є бюджетними – предметом злочину, передбаченого ст. 210. Варто привернути увагу і до того, що ст. 13 БК закріплює вичерпний перелік напрямів діяльності, на які дозволено використовувати власні надходження бюджетних установ. Відповідно, порушення цієї законодавчої вимоги дозволяє розцінювати вчинене як нецільове використання бюджетних коштів.

Водночас предметом цього злочину не визнаються:

- кошти, які лише підлягають передачі до бюджету;
- кошти, належні юридичним або фізичним особам на праві власності;
- кошти цільових страхових фондів, які здійснюють керівництво та управління за видами загальнообов'язкового державного соціального страхування[3]. Порушення законодавства про таке страхування можуть кваліфікуватись за статтями 165-1, 165-3, 165-4, 165-5 КУпАП – якщо у вчиненому немає складу того чи іншого злочину[4];
- відмінне від коштів, включених до складу бюджетів, державне або комунальне майно. Тому у разі передачі в оренду приміщень, які перебувають у державній чи комунальній власності, без справляння орендної плати та покриття витрат, пов'язаних з одержанням комунальних послуг, та у випадках інших зловживань з державним і комунальним майном[5] коментована стаття КК застосуватися не

---

[1] Водночас широке (закріплене в БК) розуміння поняття бюджетних коштів є прийнятним для кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 211.

[2] Так, із ч. 9 ст. 13 БК випливає, що закордонні дипломатичні установи України вправі розміщувати бюджетні кошти на поточних рахунках іноземних банків. Постановою КМ №657 від 26 серпня 2015 р. затв. Порядок розміщення вищими і професійно-технічними навчальними закладами на вкладних (депозитних) рахунках в установах банків державного сектору економіки тимчасово вільних бюджетних коштів, отриманих за надання платних послуг, а постановою КМ №719 від 2.09.2015 – Порядок розміщення на поточних рахунках в банках державного сектору та використання власних надходжень державних і комунальних вищих навчальних закладів, наукових установ та закладів культури, отриманих як плата за послуги, що надаються ними згідно з основною діяльністю, благодійні внески та гранти, та здійснення контролю за використанням власних надходжень.

[3] Кошти цільових страхових фондів не включаються до складу Державного бюджету України (ст. 14 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998).

[4] Сфера застосування вдосконалених статей 210, 211 КК має бути поширена на зловживання з коштами фондів державного загальнообов'язкового соціального страхування. Адже ці кошти, хоч і не включені до державного бюджету, використовуються для виконання функцій держави – надання соціальних послуг і матеріального забезпечення непрацездатної частини населення чи у зв'язку з настанням певних подій, тобто за своїм соціальним призначенням і порядком використання не відрізняються від бюджетних коштів.

[5] Так, аудитом діяльності ДП «Укрспирт» встановлено неефективне використання майна, зокрема: незавантаження виробничих потужностей призвело до втрати можливості отримання доходів на суму 856 млн. грн.; понаднормове списання палива, завищення показників засміченості та заниження показників крохмальності зернових призвело до недоотримання податків та зборів на

може, що, як і в трьох попередніх випадках зобов'язує з'ясовувати, чи на вбачаються у скоєному ознаки складів злочинів проти власності та (або) у сфері службової діяльності. Сказане стосується і нецільового використання майна, придбаного за рахунок бюджетних коштів[1].

Про ***великі*** та ***особливо великі розміри*** бюджетних коштів див. пункти 2 і 3 примітки до ст. 210, відповідно.

Якщо бюджетні кошти були предметом декількох (як однакових, так і різних за своїм змістом) порушень бюджетного законодавства, а їхні великі (особливо великі) розміри утворюються як результат підсумовування відповідних показників цих порушень, розглядати останні як одне кримінально каране порушення бюджетного законодавства можна за наявності ознак продовжуваного злочину (ч. 2 ст. 32 КК).

> *Вироком Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 5 вересня 2013 р. за ч. 2 ст. 210 засуджено начальника відділу освіти Каховської РДА Херсонської області. Ця службова особа, будучи уповноваженою розпоряджатись коштами, які виділяються на утримання вказаного відділу, і порушуючи законодавчу заборону щодо затвердження кошторису бюджетної установи одночасно за рахунок коштів загального фонду Державного бюджету України і за рахунок коштів районного бюджету, у період із січня 2008 р. по квітень 2011 р. вчинила нецільове використання бюджетних коштів районного бюджету на загальну суму понад 4 млн. грн., тобто в особливо великих розмірах. Хоч відділ освіти Каховської РДА є місцевим органом виконавчої влади, видатки на утримання якого повинні здійснюватись з Державного бюджету України, чиновник своїми діями допустив те, що всупереч вимогам БК (попереднього і чинного) апарат управління вказаного відділу фінансувався з Державного бюджету України, а інші його підрозділи (районний методичний кабінет, централізована бухгалтерія та група централізованого господарчого обслуговування) – з районного бюджету*[2]**.**

суму майже 130 млн. грн.; прийняття неефективних управлінських рішень щодо використання активів мало своїм наслідком здійснення непродуктивних витрат на загальну суму 308 млн. грн. (зокрема, маючи у структурі 41 місце провадження діяльності, з яких 12 не здійснювали виробничої діяльності, ДП додатково орендувало в одного ТОВ обладнання та виробничі приміщення для забезпечення процесу виробництва продукції, сплативши за це 105 млн. грн.); на утримання основних засобів, які впродовж тривалого періоду не використовуються у господарській діяльності, витрачено 88,1 млн. грн.; за умови закупівлі зернових культур, які потрібні для виробництва спирту, безпосередньо у товаровиробників підприємство змогла б заощадити 98,3 млн. грн.

Аудитом діяльності Публічного акціонерного товариства «Завод «Маяк» державного концерну «Укроборонпром» (далі – товариство) встановлено: володіючи пакетом акцій у статутному капіталі ТОВ «Завод «Світязь», ЗАТ «Інвікта-Маяк» і ТОВ «Маяк-Вестдом», товариство не має реального впливу і не контролює господарську діяльність вказаних товариств, що може призвести до втрати відповідних цілісних майнових комплексів; приміщення, які були внеском товариства у статутний капітал ТОВ «Маяк-Вестдом», наразі ним же й орендуються за наявності інших власних приміщень та приміщень, переданих в оренду за пільговими ставками, що призводить до збільшення витрат товариства на суму понад 7 млн. грн.; недоотримання додаткових доходів на суму понад 4,3 млн. грн. від оренди приміщень через неправильне застосування індексів інфляції, надання пільгових ставок орендної плати, неповне виконання договорів.

Аудитом діяльності Публічного акціонерного товариства «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України», а також дочірніх підприємств, що входять до його складу, встановлено: ДП «Львівський облавтодор» та ДП «Житомирський облавтодор» протягом терміну позовної давності не вжили заходів щодо стягнення з контрагентів заборгованості за фактично виконані роботи з поточного та капітального ремонту автодоріг на загальну суму понад 2,2 млн. грн.; чотирма філіями ДП «Волинський облавтодор» без оформлення договірних відносин виконано роботи з улаштування асфальтного покриття на об'єкті «Капітальний ремонт дороги – під'їзд до шахти в м. Нововолинську», внаслідок чого підприємством недоотримано 1,5 млн. грн. доходів (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2017 рік. С. 17–18, 25–26, 30 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=137772)).

[1] У Головному управлінні ДСНС у м. Києві встановлено факт використання спеціального автотранспорту не за цільовим призначенням (на обслуговування апарату управління), що призвело до зайвого витрачання пального на суму 184,5 тис. грн. (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2017 рік. С. 35 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=137772)).

Лікувально-профілактичним закладом, який утримується за рахунок коштів міського бюджету, придбане медичне обладнання. У подальшому за рішенням керівника закладу зазначене обладнання передане на баланс до іншого лікувально-профілактичного закладу, утримання якого здійснюється за рахунок коштів державного бюджету. Попри те, що окремими експертами наведена ситуація подається як приклад нецільового використання бюджетних коштів (Мороз П. Нецільове використання бюджетних коштів: як не припуститися помилки (https://buhbudget.com.ua/ua/journal/buhbudget/article/749)), інкримінування ст. 210 тут, вочевидь, виключається через відсутність предмета злочину, передбаченого цією статтею КК.

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/33551021.

Вадою цього вироку є відсутність у ньому обґрунтування (та й простої вказівки на) вчинення службовою особою продовжуваного злочину, лише за наявності ознак якого допускається підсумовування кількісних показників порушень бюджетного законодавства. Тим більше, що в юридичній літературі питання, чи може той, хто вчиняє продовжуваний злочин, діяти з єдиним, але неконкретизованим умислом (наміром), належить до числа дискусійних. З урахуванням обставин, відображених у вироку, очевидно, що начальник відділу освіти Каховської РДА вчинив продовжуваний злочин. На відміну від нього, при

Нецільове використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням, вчинене не у великих чи особливо великих розмірах, тягне адміністративну відповідальність (частини 5 і 6 ст. 164-12 КУпАП).

Об'єктивна сторона злочину.

Дія, якою характеризується об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 210, – це нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік, а так само надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік[1].

Під ***нецільовим використанням*** бюджетних коштів потрібно розуміти витрачання бюджетних коштів на цілі, що не відповідають: 1) бюджетним призначенням, встановленим законом про Державний бюджет України чи рішенням про місцевий бюджет; 2) напрямам використання бюджетних коштів, визначеним у паспорті бюджетної програми (в разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі)[2] або порядку використання бюджетних коштів; 3) бюджетним асигнуванням (розпису бюджету, кошторису[3], плану використання бюджетних коштів) (ст. 119 БК).

Нецільове використання бюджетних коштів може набувати вигляду, зокрема:

а) фінансування за рахунок бюджетних коштів видатків, не передбачених видатковими статтями (наприклад, спрямування бюджетних коштів на придбання різноманітних активів із метою отримання прибутків та (або) наступного продажу, здійснення за рахунок бюджетних коштів внесків до статутних фондів господарських товариств або надання благодійної допомоги; придбання виконкомом сільської ради за рахунок коштів, передбачених кошторисом на його утримання, канцтоварів і бензину для проведення виборів);

б) використання бюджетних коштів, що мали цільове спрямування, з іншою метою, тобто фінансування одних видатків за рахунок інших статей видатків (фінансування виробництва за рахунок коштів, призначених для виплати заробітної плати, витрачання бюджетних коштів, виділених для усунення аварії та надання допомоги сім'ям загиблих, на погашення банківських кредитів та заборгованості з виплати заробітної плати тощо).

Нецільовим використанням бюджетних коштів Дніпровський районний суд м. Херсон (вирок від 5 квітня 2013 р.) визнав дії в. о. генерального директора обласного комунального фармацевтичного

повторності тотожних злочинів кожен із них має свою суб'єктивну сторону, зокрема, самостійний умисел, який виникає щоразу перед вчиненням окремого злочину (п. 6 постанови ПВС «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» №7 від 4.06. 2010 р.).

Таку ж ваду має вирок Галицького районного суду м. Львова від 24 січня 2013 р., яким за ч. 2 ст. 210 засуджено начальника Львівської державної лісовпорядної експедиції. Ця службова особа організувала розрахунок завищеної потреби у бюджетних асигнуваннях на оплату праці співробітників, які виконують лісовпорядні роботи. Надалі за рахунок вказаних цільових бюджетних коштів було проведено оплату праці співробітників експедиції з числа загальногосподарського та адміністративного персоналу, які лісовпорядні роботи не виконували, тобто службовою особою здійснено оплату загальногосподарських та адміністративних витрат, які не планувались, та, відповідно, не затверджувались у фінансових планах, на загальну суму 1 510 580,40 грн. (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/28822899).

Поділяючи висновок суду про те, що засудженим вчинено нецільове використання бюджетних коштів, зауважимо, що вказані порушення бюджетного законодавства мали місце у період з липня 2008 р. по вересень 2011 р., а це зобов'язувало суд, який інкримінування начальнику експедиції ч. 2 ст. 210 пов'язав з ознакою особливо великих розмірів коштів, аргументувати наявність у діях засудженого ознак продовжуваного злочину.

[1] Коментована стаття визнає злочином всього два (названі, відповідно, у пунктах 24 і 29 ч. 1 ст. 116 БК) порушення бюджетного законодавства. Подолати таку вибірковість у частині криміналізації бюджетних правопорушень можна шляхом використання в тексті ст. 210 КК узагальнюючого формулювання «незаконне здійснення витрат бюджету» і виокремлення такої відмінної від попередньої форми поведінки, як порушення порядку здійснення міжбюджетних трансфертів.

[2] Так, аудитом діяльності ДП «Укрмедпроектбуд» за період з 1.01.2015 по 1.05.2016 встановлено, що це підприємство, будучи одержувачем бюджетних коштів, такі кошти у загальній сумі 80,8 млн. грн., передбачені на будівництво у 2015 р. сучасного лікувально-діагностичного комплексу Національної дитячої спеціалізованої лікарні «Охматдит», витратило на погашення заборгованості за бюджетними зобов'язаннями минулих бюджетних періодів (2011–2014 рр.) по роботах з будівництва, тобто на цілі, що не відповідають напряму їх використання, визначеному у паспорті бюджетної програми на 2015 р. (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2016 рік. С. 23 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=131386)).

[3] Кошторис є основним плановим фінансовим документом бюджетної установи, яким на бюджетний період встановлюються повноваження щодо отримання надходжень і розподіл бюджетних асигнувань на взяття бюджетних зобов'язань та здійснення платежів для виконання бюджетною установою своїх функцій та досягнення результатів, визначених відповідно до бюджетних призначень. Розрахунки, які обґрунтовують показники видатків бюджету або надання кредитів з бюджету, що включаються до проекту кошторису, є невід'ємною частиною кошторису. Порядок складання, розгляду, затвердження та основні вимоги до виконання кошторисів бюджетних установ затв. постановою КМ №228 від 28.02.2002. Форма кошторису затверджується МФ.

підприємства «Херсоноблфармація», яка 1 млн. 111 тис. 93 грн. із 1 млн. 415 тис. грн., виділених Херсонською обласною радою для поповнення статутного фонду цього підприємства (код економічної класифікації видатків (далі – КЕКВ) 2410 «Капітальні трансфери підприємствам (установам, організаціям)»), спрямувала на виплату зарплати працівникам комунальних аптек і сплату відповідних податків і зборів, а також на забезпечення лікарськими засобами підвідомчої мережі фармацевтичних підприємств і закладів охорони здоров'я міста. Винуватість службової особи у вчиненні інкримінованого їй злочину було підтверджено, серед іншого, висновком судово-економічної експертизи, згідно з яким бюджетні кошти, які є капіталом підприємства цільового призначення, були витрачені на поточні платежі підприємства (зокрема, на проведення розрахунків по заробітній платі і придбання лікарських засобів), що не відповідає їхньому цільовому призначенню, оскільки це не призвело до збільшення вартості капітальних активів підприємства[1].

За ч. 1 ст. 210 як нецільове використання бюджетних коштів у великих розмірах кваліфікував Охтирський міськрайонний суд Сумської області (вирок від 31 липня 2017 р.) дії особи, яка, виконуючи обов'язки начальника управління капітального будівництва та житлово-комунального господарства Охтирської міської ради і достовірно знаючи, що кошторисом цього управління на 2016 р. і бюджетними призначеннями не передбачено видатків на здійснення капітального будівництва, уклала два договори на здійснення капітального ремонту дороги і зливової каналізації на одній з вулиць у м. Охтирка, а в подальшому підписала платіжні доручення на оплату вказаного капітального будівництва в розмірі 1 608 583,73 грн. На підставі цих доручень бюджетні кошти були перераховані на рахунки суб'єктів господарювання, які провели вказані будівельні роботи[2].

Вироком Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 15 лютого 2013 р. за нецільове використання бюджетних коштів у розмірі 918 тис. грн. був засуджений головний лікар комунальної установи «Бердянська міська лікарня», визнаний винуватим у тому, що він за рахунок субвенції з державного бюджету, діючи всупереч рішенню як міської ради, так і тендерного комітету, замість спеціалізованих автомобілів швидкої медичної допомоги придбав базові автомобілі з їхнім наступним переобладнанням[3].

Нецільове використання бюджетних коштів може як супроводжуватись, так і не супроводжуватись порушенням вимог щодо застосування бюджетної класифікації. Порушення встановлених вимог щодо застосування бюджетної класифікації і нецільове використання бюджетних коштів є самостійними бюджетними правопорушеннями (п. 24 і п. 31 ч. 1 ст. 116 БК, відповідно).

При з'ясуванні питання про визнання відповідних дій нецільовим використанням бюджетних коштів слід, серед іншого: брати до уваги дотримання КЕКВ[4], який повинен відповідати змісту проведеної операції; аналізувати весь ланцюг дій розпорядника бюджетних коштів за стадіями виконання бюджету за видатками, визначеними у ст. 46 БК.

Наприклад, установа здійснила закупівлю комплектуючих і запасних частин для персональних комп'ютерів за КЕКВ 2210 «Предмети, матеріали, обладнання та інвентар» нібито для проведення ремонту комп'ютерної техніки, яка враховується на балансі. При цьому бюджетні призначення та асигнування за КЕКВ 3110 «Придбання обладнання і предметів довгострокового користування» в установі не затверджувались. На перший погляд, все в рамках законодавства, якби не той факт, що з придбаних комплектуючих і запасних частин установою було проведене збирання нового комп'ютера.

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/30503235; Яновський С. Засудили … за порятунок хворих. Голос України. 20 квітня 2013 р. №77.

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67999633.

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/29380934.

[4] Інструкція щодо застосування економічної класифікації видатків бюджету, затв. наказом МФ №333 від 12.03.2012.

Висновком судово-економічної експертизи, яка керувалась у т.ч. попереднім варіантом згаданого документа (Інструкція щодо застосування економічної класифікації видатків бюджету, затв. наказом ДК №495 від 25.11.2008), підтверджено здійснення військовою частиною всупереч встановленому порядку видатків на грошову компенсацію за продовольче забезпечення військовослужбовців за рахунок асигнувань «Грошове утримання військовослужбовців». Командир цієї військової частини Дубненським міськрайонним судом Рівненської області (вирок від 5 грудня 2011 р.) визнаний винуватим, зокрема, у нецільовому використанні бюджетних коштів на суму 1 306 770,38 грн. (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/49562289).

Під час проведення ревізії цільового спрямування коштів необхідно відповідно до суті здійснених платежів перевірити правильність їх віднесення на видатки за КЕКВ. Для цього необхідно перевірити правильність відображення даних за відповідним КЕКВ у картці аналітичного обліку касових видатків щодо кожної операції з витрачання коштів згідно з казначейською (банківською) випискою (п. 7.6 Методичних рекомендацій щодо здійснення інспектування органами Державної фінансової інспекції України, затв. наказом ДФІ №90 від 14.12.2011).

Таким чином, видатки проведені за КЕКВ 2210, а в результаті отримується закінчений основний засіб, який мав би бути придбаний за КЕКВ 3110[1].

Значення розроблюваних МФ або іншими державними органами документів, у яких можуть міститись переліки діянь, віднесених до нецільового використання бюджетних коштів, та інші відповідні вказівки (роз'яснення) з погляду кваліфікації за ст. 210 переоцінювати не варто. Адже кваліфікуючи ті чи інші дії службової особи і процесуально закріплюючи результат свого тлумачення кримінального і бюджетного законодавства, правозастосувач не зобов'язаний керуватись документом, який має відповідне (фінансове) призначення і може не містити вичерпного переліку різновидів нецільового використання бюджетних коштів. До того ж не виключені ситуації, коли правозастосувач, розкриваючи зміст бланкетної диспозиції ст. 210 і беручи до уваги законодавчо закріплене визначення нецільового використання бюджетних коштів (ст. 119 БК), даватиме певному порушенню бюджетного законодавства іншу оцінку, ніж та, що пропонується в порядку відомчої правотворчості тим чи іншим державним органом.

Наприклад, у листі ГоловКРУ №26-18/17 від 21.07.2009 р. «Про поняття «*Нецільове використання бюджетних коштів*» роз'яснюється, що всі видатки, на здійснення яких не надано повноважень кошторисом, які здійснені понад визначений кошторисом обсяг або здійснення яких не пов'язане з виконанням бюджетною установою своїх функцій чи досягненням цілей одержувачем бюджетних коштів, необхідно трактувати як нецільове використання бюджетних коштів. Проте таке тлумачення видається поширювальним, а тому неприйнятним (щонайменше для потреб застосування ст. 210).

Резервний фонд бюджету формується для здійснення непередбачених видатків, що не мають постійного характеру і не могли бути передбачені під час складання проекту бюджету[2]. Рішення про виділення коштів з резервного фонду бюджету приймаються КМ, місцевими державними адміністраціями або виконавчими органами місцевого самоврядування (ст. 24 БК). Вирішуючи питання кримінально-правової кваліфікації порушення порядку використання коштів резервного фонду, слід, зокрема, мати на увазі різницю у таких порушеннях бюджетного законодавства, як нецільове використання бюджетних коштів і порушення вимог БК щодо виділення коштів з резервного фонду бюджету (п. 24 і п. 30 ч. 1 ст. 116 БК, відповідно).

Отже, фінансування заходів, які не дозволяється фінансувати за рахунок коштів резервного фонду[3], немає підстав розцінювати як нецільове використання бюджетних коштів. Таку поведінку не слід визнавати і здійсненням видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік. Порушення службовою особою встановленого порядку використання коштів резервного фонду державного або місцевого бюджету, яке не слід кваліфікувати за ст. 210, може утворювати склад злочину проти власності або злочину у сфері службової діяльності.

Такий саме висновок буде доречним і щодо здійснення видатків кредитування місцевого бюджету, які відповідно до БК мають проводитись з іншого бюджету. Назване бюджетне правопорушення (п. 28 ч. 1 ст. 116 БК) також неправильно розцінювати як нецільове використання бюджетних коштів.

Передбачена ч. 2 ст. 175 невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії, іншої установленої законом виплати, вчинена внаслідок нецільового використання відповідних коштів, може розцінюватись як різновид (окремий випадок) караного за ст. 210 нецільового використання службовою особою бюджетних коштів. Нецільовим у цьому разі є використання зазначених коштів на будь-які заходи, відмінні від виплати установлених законом виплат (спрямування коштів на придбання сировини, обладнання, техніки, оплату оренди, послуг, на будівництво чи ремонт тощо). Невиплату слід визнавати такою, що сталась унаслідок нецільового використання бюджетних коштів, і в разі, якщо вона мала місце в результаті порушення вимог законодавства, відповідно до якого оплата праці

---

[1] Мороз П. Нецільове використання бюджетних коштів: як не припуститися помилки (https://buhbudget.com.ua/ua/journal/buhbudget/article/749).

[2] Порядок використання коштів резервного фонду бюджету затв. постановою КМ №415 від 29.03.2002.

[3] Так, ревізіями в Адміністрації ДПС та її військових формуваннях виявлено порушення при витрачанні коштів резервного фонду на загальну суму 49,8 млн. грн., зокрема, в частині їхнього спрямування на погашення заборгованості минулих років, на виплати грошового забезпечення (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2016 рік. С. 20 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=131386)).

Докладніше про відповідні порушення бюджетного законодавства див.: Звіт про результати аудиту ефективності використання коштів резервного фонду державного бюджету в 2017 році. Затв. рішенням РП №12-6 від 15.05.2018 (http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16757064/Zvit_12-6_2018.pdf?subportal=main).

працівників здійснюється у першочерговому порядку (ч. 5 ст. 97 КЗпП, ч. 3 ст. 15 Закону «Про оплату праці»). Слід враховувати і те, що не будь-які кошти, призначені для виплати встановлених законом виплат, згаданих у ст. 175, є бюджетними.

Пануючий у сучасній кримінально-правовій доктрині підхід до кваліфікації згаданих дій полягає в тому, що якщо предметом нецільового використання бюджетних коштів, поєднаного з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії, іншої установленої законом виплати, були кошти у великих або особливо великих розмірах, то вчинене утворює різнооб'єктну ідеальну сукупність злочинів і, відповідно, потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 175 і тією чи іншою частиною ст. 210[1].

Здійснення видатків бюджету і надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік означає фінансування видатків (витрачання бюджетних коштів) і надання кредитів з бюджету[2] або за відсутності належних повноважень, або в сумах, які перевищують затверджені розміри[3]. Відповідно, здійснення видатків бюджету і надання кредитів з бюджету за наявності й у межах бюджетних призначень, хоч і з порушенням при цьому, наприклад, паспорту бюджетної програми або бюджетного асигнування, не утворює вказану форму об'єктивної сторони злочину. Але така поведінка може розцінюватись як нецільове використання бюджетних коштів, а тому кваліфікуватись за ст. 210.

Визначення поняття видатків бюджету, їх відмінність від надання кредитів із бюджету, класифікації видатків бюджету, здійснювані за різними підставами, а також ті операції, які не визнаються видатками бюджету, – усе це закріплено в БК. Зокрема, видатками бюджету визнаються кошти, спрямовані на здійснення програм та заходів, передбачених відповідним бюджетом[4].

Особа, уповноважена розпоряджатись бюджетними коштами, може перевищувати або загальний обсяг затверджених видатків, або обсяг видатків на конкретні заходи, передбачені у встановленому порядку (наприклад, завищує вартість виконаних робіт[5], наданих послуг або завищує кількість чи вартість придбаних товарів).

Інкримінування ст. 210 не повинне виключатись і в разі перевиконання доходної частини державного або місцевого бюджету – коли службова особа фінансує видатки того чи іншого бюджету, перевищуючи при цьому затверджені параметри.

Якщо понаднормативне фінансування здійснюється за рахунок бюджетних коштів, призначених для фінансування інших видатків, то в діях особи вбачається одночасно і нецільове використання бюджетних коштів, і здійснення видатків бюджету з перевищенням установлених бюджетних призначень. Ця обставина, впливаючи не на кваліфікацію, а на обсяг обвинувачення, має бути відображена в процесуальних документах і підлягає врахуванню як показник ступеня тяжкості злочину при призначенні покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

---

[1] Альтернативні теоретичні підходи до співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 210 і ч. 2 ст. 175, є такими: 1) у цьому разі має місце конкуренція кримінально-правових норм – загальної (ч. 1 ст. 210) і спеціальної (ч. 2 ст. 175). Водночас констатується наявність сукупності злочинів, передбачених ч. 2 ст. 175 і ч. 2 ст. 210, – якщо сума використаних не за цільовим призначенням бюджетних коштів у три тисячі і більше разів перевищує нмдг; 2) згадана у межах попереднього підходу сукупність злочинів має місце, однак пропонується виходити з іншого виду конкуренції кримінально-правових норм – частини (ст. 210) і цілого (ч. 2 ст. 175); 3) у тих випадках, коли предметом нецільового використання були бюджетні кошти у великих чи особливо великих розмірах, вчинене утворює одиничний (складений) злочин і додаткової кваліфікації за ст. 210 не потребує.

[2] На відміну від надання кредитів із бюджету, здійснення видатків означає безповоротне витрачання бюджетних коштів.

[3] Аудитом діяльності 18 експертно-технічних центрів (ЕТЦ), що належать до сфери управління Державної служби України з питань праці, встановлено, що Вінницьким, Криворізьким, Волинським, Миколаївським, Рівненським, Черкаським і Житомирським ЕТЦ здійснено витрати на благодійну допомогу, періодичні видання понад затверджені фінансовими планами показники на загальну суму 2,2 млн. грн. і витрати на страхування майна, послуги сторонніх організацій, консультаційні та інформаційні послуги на суму 2,7 млн. грн., які не передбачені фінпланами та за відсутності об'єктивної потреби (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2017 рік. С. 40 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=137772)).

[4] До видатків бюджету не належать: погашення боргу; надання кредитів з бюджету; розміщення бюджетних коштів на депозитах; придбання цінних паперів; повернення надміру сплачених до бюджету сум податків і зборів та інших доходів бюджету, проведення їхнього бюджетного відшкодування; компенсація частини суми штрафних (фінансових) санкцій, що перераховується покупцям (споживачам) за рахунок штрафних (фінансових) санкцій, застосованих уповноважених органами.

[5] Аудитом Публічного акціонерного товариства «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України», а також дочірніх підприємств, що входять до його складу, виявлено, зокрема, що ДП «Львівський облавтодор» і ДП «Полтавський облавтодор» у калькуляціях з виготовлення асфальтобетонних сумішей завищили витрати електроенергії та природного газу, що призвело до завищення вартості (відповідно, на 5,1 та 2,8 млн. грн.) виготовленого асфальтобетону, використаного в межах виконання контрактів, оплачених за рахунок бюджетних коштів (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2017 рік. С. 29–30 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=137772)).

Статті 41 і 79 БК установлюють особливості формування надходжень бюджетів і здійснення витрат бюджетів в разі несвоєчасного набрання чинності законом про Державний бюджет України і несвоєчасного прийняття рішення про місцевий бюджет. Здійснення в такій ситуації у встановленому порядку КМ витрат Державного бюджету України, а Радою міністрів АРК, місцевою державною адміністрацією або виконавчим органом місцевої ради – витрат місцевого бюджету є правомірною поведінкою, у зв'язку з чим не визнається кримінально караним здійснення видатків бюджету без установлених бюджетних призначень. Проте порушення вимог БК при здійсненні витрат державного бюджету (місцевого бюджету) в разі несвоєчасного набрання чинності законом про Державний бюджет України (несвоєчасного прийняття рішення про місцевий бюджет) за наявності підстав може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 210 БК.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 210, – спеціальний (службова особа розпорядника або одержувача бюджетних коштів).

Визначаючи суб'єкта злочину, передбаченого ст. 210[1], слід мати на увазі, що передусім за цією статтею КК мають кваліфікуватись дії службових осіб організацій, які є розпорядниками бюджету

> *Бердянський міськрайонний суд Запорізької області (вирок від 12 лютого 2014 р.) за ч. 1 ст. 210 засудив начальника Управління комунального господарства виконавчого комітету Бердянської міської ради. Ця службова особа визнана винуватою у тому, що, виконуючи рішення міської ради про придбання за рахунок коштів субвенції з державного бюджету чотирьох сміттєвозів на загальну суму 850 тис. грн., замість нових сміттєвозів, як це передбачалось бюджетним призначенням, умисно придбала чотири вантажних фургона*[2].

За обсягом наданих прав розпорядники поділяються на головних розпорядників коштів бюджету і розпорядників коштів бюджету нижчого рівня (ст. 22 БК).

При цьому потрібно з'ясовувати компетенцію тієї чи іншої службової особи саме в частині розпорядження бюджетними коштами. Зокрема, з урахуванням положень регулятивного законодавства[3] неправильно визнавати суб'єктом розглядуваного злочину лише керівника розпорядника бюджетних коштів, виключаючи з кола виконавців головного бухгалтера (керівника фінансового підрозділу) відповідної установи, спроможного виконати дії, що утворюють об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 210.

> *Вироком Краматорського міського суду Донецької області від 20 червня 2013 р. за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210, засуджено головного бухгалтера комунальної установи «Міська лікарня №3» м. Краматорська, яка всупереч вимогам бюджетного законодавства здійснила покриття за рахунок коштів загального фонду кошторису цієї установи видатків по оплаті заробітної плати лікарям, які надавали платні медичні послуги (професійні огляди)*[4]**.**

Розпорядник бюджетних коштів може уповноважити одержувача бюджетних коштів на виконання заходів, передбачених бюджетною програмою, та надати йому кошти бюджету (на безповоротній чи поворотній основі) у межах відповідних бюджетних асигнувань. Відповідно, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 210, визнаються також службові особи одержувачів бюджетних коштів – суб'єктів господарювання, громадських чи інших організацій, які не мають статусу бюджетної установи, але

---

[1] Вказівка на суб'єкта злочину в ч. 1 ст. 210 є невдалою з редакційної точки зору, оскільки міститься після позначення першої форми об'єктивної сторони злочину. При буквальному тлумаченні можна зробити висновок про те, що спеціальний суб'єкт нібито притаманний не всім формам злочину, передбаченого ст. 210. Однак навіть якби ст. 210 КК не містила вказівки на спеціального суб'єкта злочину, завдяки приписам регулятивного законодавства було б ясно, що суб'єкт є саме спеціальним.

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/37100483

[3] П. 37 Порядку складання, розгляду, затвердження та основних вимог до виконання кошторисів бюджетних установ, затв. постановою КМ №228 від 28.02.2002; наказ МФ №57 від 28.01.2002 «Про затвердження документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету»; п. 13 Типового положення про бухгалтерську службу бюджетної установи, затв. постановою КМ №59 від 26.01.2011; п. 8 ст. 9 Закону «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» від 16.07.1999.

[4] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/31968702.

Оскільки між прокурором та обвинуваченою було укладено угоду про визнання винуватості, а суд затвердив цю угоду, з вироку неможливо зрозуміти роль інших службових осіб у порушеннях бюджетного законодавства, які мали місце протягом досить тривалого періоду (з грудня 2010 р. по лютий 2013 р.). При цьому у вироку суд, зокрема, зазначив, що для виділення коштів з місцевого бюджету лікарня подавала у відділ охорони здоров'я кошторис, який не лише складався і підписувався її головним бухгалтером, а й погоджувався головним лікарем цієї комунальної установи, а також затверджувався начальником відділу охорони здоров'я міської ради.

які уповноважені розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримують на їхнє виконання кошти бюджету[1]. Дії вказаних службових осіб за наявності підстав можуть утворювати сукупність злочинів, передбачених статтями 210 і 222.

Зловживання бюджетними коштами, вчинене службовою особою установи (організації), яка не є розпорядником або одержувачем бюджетних коштів, мають кваліфікуватись як певний злочин у сфері службової діяльності або проти власності.

Службові особи органів ДК і місцевих фінансових органів, а також МЕРТу (центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державних закупівель), які сприяли у той чи інший спосіб вчиненню злочину (скажімо, шляхом надання неправомірної переваги одному з учасників торгів), мають притягуватись до кримінальної відповідальності як пособники за ч. 5 ст. 27, ст. 210, а за наявності підстав – і за вчинення злочину в сфері службової діяльності (наприклад, за одержання неправомірної вигоди). За відсутності відповідного умислу поведінка вказаних службових осіб може утворювати склад злочину «службова недбалість» (ст. 367).

Діяння службових осіб банків, з вини яких порушуються строки зарахування податків і зборів до бюджетів або в інший спосіб не дотримується порядок своєчасного та повного внесення податкових платежів до бюджетів, не можуть кваліфікуватись за ст. 210 як використання службовими особами бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню (бо відсутній предмет розглядуваного злочину). Податки і збори та інші доходи *визнаються зарахованими* до державного бюджету з дня зарахування на єдиний казначейський рахунок (ч. 5 ст. 45 БК). З моменту подання платником до банківської установи платіжного доручення на перерахування податку або збору та реєстрації цього документа, підтвердженої штампом банківської установи, сума сплаченого податкового платежу ще не набуває якості бюджетних коштів. Цей висновок підтверджується і главою 18 БК, в якій банки серед суб'єктів бюджетних правопорушень не фігурують[2]. Зловживання службових осіб банків із коштами, які надійшли від платників податків і мають бути зараховані до бюджетів, за наявності підставі можуть розцінюватись як злочини проти власності та (або) злочини у сфері службової діяльності.

Суб'єктивна сторона злочину.

З суб'єктивної сторони злочин характеризується виною у формі прямого умислу.

У контексті встановлення прямого умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки злочину, передбаченого ст. 210, викликає інтерес такий приклад із судової практики.

> *Виправдовуючи за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210, начальника відділу освіти Новокаховської міської ради, яка обвинувачувалась у нецільовому використанні бюджетних коштів на загальну суму 226 675 грн., суд виходив із відсутності у діях підсудної умислу на порушення бюджетного законодавства. Органом досудового слідства вказаній службовій особі інкримінувалось те, що вона, знаючи про фактичне виконання підрядними організаціями робіт не з реконструкції стель і дахів закладів освіти, а з їх поточного ремонту, за рахунок бюджетних коштів, виділених саме на реконструкцію об'єктів, здійснила оплату підрядних робіт з поточного ремонту підзвітних відділу освіти навчальних закладів. У виправдувальному вироку суду зазначається, що підсудна, будучи за фахом вчителем, не розрізняла поняття реконструкції, капітального і поточного ремонту; кошти виділялись навчальним закладам на підставі переліків об'єктів і робіт, які обговорювались на депутатських комісіях і досліджувались спеціалістами, а тому вона вважала, що кошти спрямовувались на фінансування реконструкції шкіл. Допитані у справі як свідки керівники підрядних організацій, які мають будівельну освіту, повідомили, що виконані роботи у приміщеннях навчальних закладів є реконструкцією, оскільки у процесі виконання робіт використовувався новий технологічний матеріал, який має кращі експлуатаційні показники, повністю змінювались конструкції стель, в результаті чого зменшувалось навантаження на несучі конструкції приміщень. Провідний інженер міського відділу освіти пояснив, що всі передбачені договорами підряду роботи були виконані; не було сумнівів у тому, що вказані роботи були реконструкцією, оскільки обсяг виконаних робіт був великий і в їх результаті істотно змінились експлуатаційні показники приміщень навчальних закладів*[3].

---

[1] Та обставина, що службова особа одержувача бюджетних коштів визнається суб'єктом розглядуваного злочину, випливає і зі ст. 121 БК «Відповідальність за порушення бюджетного законодавства».

[2] Водночас такими суб'єктами визнаються органи, які контролюють справляння надходжень бюджету (п. 10 ч. 1 ст. 116 БК).

[3] Архів Новокаховського міського суду Херсонської області. Справа №1-481 за 2008 р.

За таких обставин висновок суду про відсутність у діях начальнику міського відділу освіти умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки розглядуваного злочину виглядає переконливим.

Порушення вимог бюджетного законодавства через необережність може розцінюватись як службова недбалість (ст. 367). Сказане стосується і випадків видання службовою особою нормативно-правового акта, що зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету всупереч закону, – якщо відповідний акт видано, наприклад, внаслідок неправильного тлумачення положень бюджетного або іншого регулятивного законодавства.

Мотиви (соціально корисні, нейтральні чи шкідливі) на кваліфікацію за ст. 210 не впливають.

Відмежування від інших злочинів та адміністративних правопорушень.

Видання службовою особою нормативно-правового акта, що зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету всупереч закону (БК), має кваліфікуватись за ст. 211. При цьому якщо злочин, передбачений ст. 210, порушує порядок виконання бюджетів саме за видатками і порядок кредитування з бюджетів, то ст. 211, узгоджуючись з п. 37 ч. 1 ст. 116 БК, установлює караність неправомірної зміни не тільки видаткової (витратної), а і доходної частини державного і місцевого бюджетів.

Для нормативно-правових актів, про які йдеться у ст. 211 та які відіграють роль засобу вчинення злочину, характерним є те, що вони мають формально визначений характер і містять приписи, обов'язкові для виконання необмеженим і персонально невизначеним колом юридичних і фізичних осіб. Це – діючі постійно або протягом певного проміжку часу різноманітні постанови, правила, положення, накази, порядки, роз'яснення, інструкції, інструктивні листи тощо. На кваліфікацію за ст. 211 не впливає, яку сферу застосування має той чи інший нормативно-правовий акт – загальнодержавну, місцеву, міжвідомчу або відомчу. Прикладом нормативно-правового акта у бюджетній сфері є рішення про місцевий бюджет.

Від нормативно-правових актів треба відрізняти розпорядчі акти: останні поширюють свою дію на конкретно визначених у них суб'єктів і мають одноразове застосування. Видання розпорядчого акта, який неправомірно зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету (наприклад, прийняття головою РДА одноосібно розпорядження про виділення юридичній особі – суб'єкту підприємницької діяльності безпроцентного кредиту за рахунок перевищення доходної частини районного бюджету), не утворює злочину, передбаченого ст. 211, однак за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 210.

До нормативно-правових актів, які всупереч закону зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету, можуть бути віднесені, наприклад, акти, які: змінюють ставки, об'єкти або строки сплати до бюджетів податків і зборів; передбачають списання заборгованості зі сплати обов'язкових платежів, у т. ч. неподаткового характеру; запроваджують нові види податків і зборів, не передбачені ПК; надають пільги щодо податків і зборів або позбавляють таких пільг; передбачають використання коштів одних статей видатків бюджету на фінансування інших або використання коштів одних бюджетів на фінансування видатків інших бюджетів; передбачають скорочення захищених видатків бюджету; змінюють склад доходів, що закріплюються за доходами місцевих бюджетів і враховуються при визначенні обсягів міжбюджетних трансфертів; змінюють встановлені БК і законом про Державний бюджет України на відповідний рік нормативи відрахувань податкових платежів (наприклад, нормативи відрахувань податку на доходи фізичних осіб до бюджетів місцевого самоврядування); установлюють неперерахування або неповне перерахування до бюджету коштів, отриманих бюджетною установою від надання послуг, виконання робіт, інших дій на платній основі тощо.

Пункт 11 ст. 23 БК забороняє без внесення змін до закону про Державний бюджет України (рішення про місцевий бюджет) збільшувати бюджетні призначення за загальним та спеціальним фондами державного бюджету (місцевого бюджету) на: 1) оплату праці працівників бюджетних установ за рахунок зменшення інших видатків; 2) видатки за бюджетними програмами, пов'язаними з функціонуванням органів державної влади (органів влади АРК та органів місцевого самоврядування), за рахунок зменшення видатків за іншими бюджетними програмами. Порушення цієї заборони шляхом видання відповідного нормативно-правового акта може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 211. Сказане стосується також порушення закріпленої у ч. 6 ст. 45 БК, за загальним правилом, заборони на проведення розрахунків з бюджетом у негрошовій формі, у т.ч. шляхом взаємозаліку, застосування векселів, бартерних операцій та зарахування зустрічних платіжних вимог у фінансових установах.

Під виданням нормативно-правового акта з погляду кваліфікації за ст. 211 слід передусім розуміти одноособове прийняття і підписання такого документа службовою особою. При цьому питання про ухвалення акта всупереч установленому порядку може взагалі не виноситись на колегіальний розгляд, службова особа може ігнорувати рішення колегіального органу, рішення останнього може фальсифікуватись тощо. Виданням нормативно-правового акта треба визнавати також затвердження (підписання) службовою особою документа, прийнятого (ухваленого) певним колегіальним органом за умови, що рішення останнього має дорадчий характер. Якщо рішення колегіального органу є обов'язковим, і керівник, який змушений йому підкоритись, підписує (затверджує) відповідний документ, то це так само не виключає інкримінування ст. 211 службовій особі – за наявності в її діях всіх ознак розглядуваного злочину. Така кримінально-правова оцінка поведінки службової особи не суперечить принципам особистої та винної відповідальності (остання настає за дію саме службової особи, а не колегіального органу), враховуючи те, що особа, яка виконала явно злочинне розпорядження, за діяння, вчинене з метою виконання такого розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах (ч. 4 ст. 41). При цьому не має значення, чи збігається з позицією самої службової особи рішення колегіального органу і чи скористалась ця особа наданим їй правом зупинити рішення колегіального органу.

Крім цього, якщо видання відповідного нормативно-правового акта стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним та обов'язковим, то кожен учасник такого органу, який шляхом голосування брав участь у прийнятті рішення, має нести кримінальну відповідальність як виконавець розглядуваного злочину (за умови, що цей учасник визнається службовою особою, і встановлено зміст його волевиявлення). Якщо рішення колегіального органу носить дорадчий характер, то особи, які брали участь в його ухваленні, за наявності підстав можуть нести кримінальну відповідальність за пособництво виданню службовою особою нормативно-правового акта, що всупереч закону зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету.

Якщо видання нормативно-правового акта, що незаконно збільшує витрати бюджету, призвело до нецільового використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету, або надання кредитів з бюджету без установлених бюджетних призначень або з їх перевищенням усупереч закону, то вчинене потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 210 і 211 (реальна сукупність злочинів). Якщо шляхом видання нормативно-правового акта вчинено порушення бюджетного законодавства, каране за ст. 210, то вчинене з урахуванням правила про конкуренцію загальної і спеціальної норми слід кваліфікувати лише за ст. 211.

Недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами у формах, не передбачених статтями 210, 211, має розцінюватись як адміністративний проступок (статті 164-12, 164-14 КУпАП) або як злочин у сфері службової діяльності (статті 364, 366 або 367).

> *За ч. 2 ст. 367 Лисичанський міський суд Луганської області (вирок від 19 вересня 2017 р.) засудив начальника відділу планування та економічного аналізу Управління з виконання політики Лисичанської міської ради в галузі ЖКГ. Ця службова особа, до обов'язків якої входило розпорядження коштами в межах затвердженого кошторису управління, проведення процедури закупівлі комбінованого дорожнього автомобіля і прийняття поставленого за договором товару за кількістю та якістю, у порушення вимог нормативно-правових актів не вжила заходів до перевірки поставленого автомобіля та його відповідності технічному завданню тендерної документації, вимогам підписаного договору, а також підписала акт прийому-передачі поставленого автомобіля. Як наслідок, чиновниця прийняла товар – автомобіль, який за своїми якісними характеристиками не відповідав умовам договору, технічному завданню тендерної документації, оскільки: раніше був у використанні, додаткове обладнання для очищення доріг від снігу і гравійно-піщаних забруднень, розкидання інертних матеріалів і протиожеледних реагентів на автодорогах не було вписане в свідоцтво про реєстрацію транспортного засобу; на поставлений автомобіль у порушення встановленого порядку було встановлено додаткове навісне обладнання тощо*[1].

За наявності підстав у таких випадках підлягають застосуванню також статті 191, 205 і 358.

> *За ч. 2 ст. 15, ч. 5 ст. 191 як замах на розтрату коштів, виділених Україні на підставі Кіотського протоколу до рамкової конвенції ООН про зміну клімату, кваліфікувало НАБУ дії*

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69202891

секретаря комітету з державних закупівель ДП «Українські екологічні інвестиції», директора ДП «Укрекоінвест» і двох інших співробітників цього підприємства, які входили до складу комісії з проведення конкурсних торгів. Досудовим розслідуванням встановлено, що МЕПР за рахунок коштів, отриманих за Кіотським протоколом, планувало профінансувати проект із заміни світильників з лампами розжарювання на світильники на основі LED-технологій на об'єктах соціальної інфраструктури по всій країні. В результаті змови співробітників ДП «Укрекоінвест», відповідального за організацію тендеру, з низкою приватних структур, підрядником стало маловідоме ТОВ «Агротехбуд», яке мало виконати роботи з переоснащення на умовах 70%-ї передплати. Насправді особи, задіяні у цій схемі, не мали наміру виконувати роботи за проектом, а отримані кошти планували перерахувати фіктивним суб'єктам господарської діяльності[1]

Вироком Дарницького районного суду м. Києва (вирок від 3 серпня 2016 р.) за ч. 1 ст. 205 засуджено особу, яка за попередньою змовою з секретарем ДП «Українські екологічні інвестиції» створила під чужим іменем підконтрольну групу фіктивних підприємств, оформлених на підставних осіб[2].

У такий спосіб засуджений намагався зімітувати конкуренцію для забезпечення перемоги фіктивних суб'єктів господарської діяльності при проведенні державних закупівель.

За ч. 1 ст. 366 і ч. 4 ст. 358 кваліфікував Шевченківський районний суду м. Чернівці (вирок від 21 вересня 2017 р.) дії заступника головного лікаря підприємства «Пансіонат з лікуванням матері і дитини «Зелені пагорби». Ця службова особа, знаючи про передбачену ст. 17 Закону «Про публічні закупівлі» можливість замовника відмовити учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхилити тендерну пропозицію учасника у разі, якщо той має непогашену заборгованість зі сплати податків і зборів, склав відповідну неправдиву довідку (нібито про відсутність у підприємства податкової заборгованості) і в подальшому подав її в електронному вигляді у складі тендерної пропозиції, розмістивши в системі електронних закупівель ProZorro. Також керівник пансіонату використав завідомо підроблену довідку, яка була видана ДПІ у Вижницькому районі та в яку при невстановлених досудовим розслідуванням обставинах було внесено завідомо неправдиві відомості про відсутність у підприємства «Пансіонат з лікуванням матері і дитини «Зелені пагорби» заборгованості зі сплати податків і зборів[3].

Статті 358, 366 мають інкримінуватись і у випадках підроблення та використання довідок, в яких зазначається недостовірна інформація про те, що учасники торгів не притягувалися протягом останніх трьох років до відповідальності за спотворення результатів торгів (тендерні змови)[4].

Положення про можливість застосування згаданих вище кримінально-правових заборон, відмінних від ст. 210, стосується, зокрема: порушення вимог БК при здійсненні попередньої оплати за товари, роботи та послуги за рахунок бюджетних коштів[5], порушення порядку і термінів здійснення такої оплати (п. 22 ч. 1 ст. 116 БК); порушення законодавства про закупівлю товарів, робіт і послуг – передусім вимог законів «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 і «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони» від 12.05.2016. Йдеться про здійснення закупівель за рахунок бюджетних коштів без застосування процедур, визначених законодавством про закупівлі[6]; необґрунтоване застосування процедури закупівлі в одного

---

[1] Схема замаху на розтрату «Кіотських коштів» (https://nabu.gov.ua/infographics/shema-zamahu-na-roztratu-kiotskih-koshtiv).

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/59401261.

До речі, перемоги на тендерах підприємств, що мають ознаки фіктивності, є одним із типових зловживань, пов'язаних із публічними закупівлями (Прозорі закупівлі поза контролем: Звіт Центру протидії корупції за 2017 рік. С. 11–12 (https://drive.google.com/file/d/1liJhV1pdyXZhQrJdEijnGiVM_9TjTz9S/view).

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69105543.

[4] Наприклад, під час тендеру «Стрийського вагоноремонтного заводу» перемогла компанія з «чорного списку» АМК, яка подала сфальсифіковану довідку про те, що не притягувалася до відповідальності за змову на торгах (7 топ-схем на тендерах. С. 11 (https://drive.google.com/file/d/1vYb2QBwGNgOsq5wBCxqpSa5Gj_b5UQ5_/view)).

[5] ДП «Одеський морський торговельний порт» не забезпечено нарахування і стягнення штрафних санкцій за неналежне виконання зобов'язань за договором, укладеним з ТОВ «ЕКСПЕРТПРОЕКТ» щодо виконання робіт з розробки проектної документації по об'єкту «Капітальний ремонт будівлі готелю «Одеса». Крім того, спрямування авансу на користь зазначеного товариства на суму 4,9 млн. грн. без виконання робіт може свідчити про приховане кредитування комерційних структур і виведення обігових коштів з обороту (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2016 рік. С. 31 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=131386)).

[6] 20 червня 2018 р. Касаційний господарський суд ВС підтвердив законність рішення, винесеного судами першої та другої інстанції за позовом НАБУ про визнання недійсним договору, за яким «Укрзалізниця» втратила 26,7 млн. грн. Йдеться про закупівлі у 2015 р. ДП «Управління промислових підприємств Державної адміністрації залізничного транспорту України»

учасника; надання неправдивих відомостей для застосування неконкурентної процедури закупівлі; уникнення належної процедури шляхом роздрібнення суми закупівлі на частини[1]; скасування торгів з надуманих підстав, щоб переможцем став «потрібний» учасник, тощо[2].

Наприклад, до найбільш поширених порушень тендерних процедур за участю «Укрзалізниці» як замовника належать:

- деталізовані характеристики предмету закупівлі, яким відповідає вичерпний перелік товарів, і відсутність обґрунтування застосування таких вимог;
- вимоги погодження технологічних умов на виробництво товарів зі структурним підрозділом «Укрзалізниці» та процедура допуску до застосування продукції залізничного призначення;
- вимоги надання відгуків про позитивний досвід застосування на «Укрзалізниці»;
- уникнення прямої закупівлі в єдиного виробника;
- встановлення термінів постачання продукції, недостатнього для його виробництва після укладання договору;
- нераціональне використання коштів;
- об'єднання в один лот закупівлі товарів, що виготовляють різні виробники;
- нечітка класифікація групи товарів і назви;
- невчасне укладання (публікація) договорів;
- вибірковість перевірки документів учасників[3].

Якщо внаслідок закупівлі через порушення встановленого порядку допущено невідповідність використання бюджетних коштів бюджетним призначенням або використання бюджетних коштів з перевищенням цих призначень, то вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 210.

Так, згідно з п. 6 ч. 2 ст. 35 Закону «Про публічні закупівлі» переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток, зокрема, у разі необхідності проведення додаткових будівельних робіт, не зазначених у початковому проекті, але які стали через непередбачувані обставини необхідними для виконання проекту. Невиконання законодавчої вимоги щодо необхідності переговорної процедури про проведення додаткових будівельних робіт, яке супроводжувалось подальшою виплатою бюджетних коштів за будівельні роботи, не передбачені первісним проектом, немає підстав розцінювати як нецільове використання бюджетних коштів. Водночас у зайвому (незапланованому спочатку) витрачанні бюджетних коштів (фактично в їх перевитрачанні) у розглядуваній ситуації може вбачатись здійснення видатків з перевищенням бюджетних призначень.

Злочин є закінченим з моменту вчинення однієї з дій, альтернативно вказаних у ст. 210 (формальний склад)[4].

(ДП «УПП УЗ») на суму понад 150 млн. грн. без проведення процедур конкурсних торгів, в інтересах постачальників такої продукції. Службові особи ДП «УПП УЗ», будучи обізнаними про українського виробника метизної продукції, знехтували своїм обов'язком провести відкриті конкурсні торги і придбати продукцію за найменшою ціною. Натомість вони всупереч Закону «Про здійснення державних закупівель» здійснили закупівлю, внаслідок чого продукція була поставлена від чотирьох посередників, а «Укрзалізниця» переплатила на їх користь 26,7 млн. грн. Посередники купували метизну продукцію, яку потім із націнкою понад 40% перепродували ДП «УПП УЗ». Причому керівництво останнього було обізнано з цією схемою закупівель, адже продукція від заводів-виробників постачалась безпосередньо до колійних станцій «Укрзалізниці», а між посередниками і ДП «УПП УЗ» відбувались виключно документальні операції (Верховний Суд підтримав НАБУ у боротьбі з непрозорими закупівлями на залізниці (https://nabu.gov.ua/novyny/verhovnyy-sud-pidtrymav-nabu-u-borotbi-z-neprozorymy-zakupivlyamy-na-zaliznyci)).

[1] Докладніше про це див., наприклад: Прозорі закупівлі поза контролем: Звіт Центру протидії корупції за 2017 рік. С. 13–15 (https://drive.google.com/file/d/1liJhV1pdyXZhQrJdEijnGiVM_9TjTz9S/view); Звіт про результати аудиту ефективності використання коштів державного бюджету, виділених Національній академії прокуратури України. Затв. рішенням РП №15-2 від 26.06.2018. С. 23–26 (http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16757311/zvit_15-2_2018.pdf?subportal=main).

[2] ДП «Адміністрація морських портів України» укладено договір про закупівлю послуг з будівництва берегових і портових споруд, дамб, шлюзів і супутніх гідротехнічних споруд на загальну суму 712,2 млн. грн. за результатами процедури закупівлі, проведеної з порушенням вимог законодавства у частині невідповідності пропозицій учасника ТОВ «Техморгідрострой Миколаїв» вимогам документації конкурсних торгів щодо підтвердження фінансової спроможності і досвіду виконання аналогічних договорів (Публічний звіт про діяльність Державної аудиторської служби України за 2016 рік. С. 30 (http://dkrs.kmu.gov.ua/kru/doccatalog/document?id=131386)).

[3] Укрзалізниця: ТОП-10 зловживань на тендерах (https://dozorro.org/blog/ukrzaliznicya-top-10-zlovzhivan-na-tenderah).

[4] В юридичній літературі момент закінчення злочину, передбаченого ст. 210, пропонується пов'язувати з часом руху бюджетних коштів з бюджетного рахунку на поточний рахунок відповідного підприємства, – про це свідчить відмітка штампу казначея «Оплачено» та рух коштів на рахунках (Розслідування нецільового використання бюджетних коштів: метод. рек. / Чернявський С.С., Василинчук В.І., Вознюк А.А. та ін. К., 2014. С. 8). Сприймаючи наведений підхід як загальне правило, слід водночас зазначити, що він не враховує принаймні дві обставини: а) бюджетні кошти як предмет розглядуваного злочину можуть знаходитись на рахунках у банківських установах або в касах бюджетних установ; б) суб'єктом аналізованого злочину визнаються також службові особи одержувачів бюджетних коштів.

Спричинення наслідків в результаті порушення бюджетного законодавства, передбаченого коментованою статтею КК, підлягає врахуванню при призначені покарання, а за наявності підстав потребує самостійної кримінально-правової оцінки (наприклад, ст. 364).

Так, злочин, передбачений ст. 191, має місце в разі використання службовою особою бюджетних коштів на ремонт належного їй на праві приватної власності житла, благоустрій земельної ділянки, оплату навчання дітей тощо. При цьому, однак, слід мати на увазі те, що якщо службова особа мала умисел привласнити (розтратити) бюджетні кошти, й заволодінню ними передувало їхнє нецільове використання, то вчинене (з огляду на правило про конкуренцію частини і цілого) охоплюється диспозицією ст. 191 і додаткової кваліфікації за ст. 210 не потребує. У такому разі обсяги бюджетних коштів, які використовуються у неналежний (нецільовий) спосіб і привласнюються (розтрачуються), збігаються. Зокрема, ст. 191 має надаватись пріоритет у випадку сплати бюджетних коштів за невиконані роботи (будівельні, ремонтні тощо)[1].

Водночас якщо грошові кошти перераховані замовником за виконані роботи (навіть за умови, що вони, наприклад, не були передбачені первісним проектом будівництва) або поставлені товари, то інкримінування ст. 191 має виключатись через відсутність безоплатності (еквівалент, який унеможливлює інкримінування цієї кримінально-правової норми, може бути натуральним, грошовим або трудовим)[2].

За наявності підстав вчинене може утворювати реальну сукупність злочинів, передбачених статтями 210 і 191.

Платіжні доручення, які подаються до органів ДК та які є підстави визнати **засобом** вчинення розглядуваного злочину не є розрахунковими документами як засобами доступу до банківських рахунків, у зв'язку з чим їх підроблення за ст. 200 кваліфікуватись не може. Водночас поєднане з підробленням документів та їхнім використанням нецільове використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їхнім перевищенням всупереч закону треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 210 і ст. 358 (ст. 366).

МФ затвердив форми документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету, – кошторису, штатного розпису, типового штатного розпису, плану асигнувань (за винятком надання кредитів з бюджету) загального фонду бюджету, плану використання бюджетних коштів, помісячного плану використання бюджетних коштів, плану надання кредитів із загального фонду бюджету, плану спеціального фонду державного бюджету (за винятком власних надходжень бюджетних установ та відповідних видатків), зведеного плану надання кредитів із загального фонду бюджету, лімітної довідки про бюджетні асигнування та кредитування тощо[3]. До документів, які підтверджують спрямування бюджетних коштів, належать, наприклад, рахунки, товарно-транспортні накладні, трудові договори, договори на виконання робіт, акти виконання робіт.

Якщо службовій особі не вдалось використати бюджетні кошти усупереч їхньому цільовому призначенню або здійснити видатки бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх

---

[1] Наприклад, прокуратура Дніпропетровщини підозрює екс-директора Департаменту стратегічного розвитку та інвестицій Дніпровської міської ради у вчиненні злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191, у зв'язку з неіснуючим капітальним ремонтом фасадів житлових будинків у місті. Чиновник обвинувачується у тому, що затвердив і надав ДК для оплати завідомо неправдиві офіційні документи про нібито виконання ремонтних робіт, достовірно знаючи, що ті насправді не виконувались. У результаті ТОВ «Равєлін» за такі «роботи» було безпідставно виплачено більше 21 млн. грн. (Чиновника Дніпра підозрюють у наданні 21 мільйона за неіснуючий ремонт фасадів будинків (http://nashigroshi.org/2018/10/10/chynovnyka-dnipra-pidozryuyut-u-nadanni-21-miljona-za-neisnuyuchyj-remont-fasadiv-budynkiv). Прокуратура також направила до суду справу щодо директора та засновника ТОВ «Равєлін», якого обвинувачують у службовому підробленні та зловживанні повноваженнями, що спричинило тяжкі наслідки, під час капітального ремонту фасадів будинків у центрі Дніпра (Директора фірми підозрюють у привласненні мільйонів на ремонті фасадів будинків Дніпра за 42 мільйона (http://nashigroshi.org/2018/08/07/dyrektora-firmy-pidozryuyut-u-pryvlasnenni-miljoniv-na-remonti-fasadiv-budynkiv-dnipra-za-42-miljona). Однак у діях керівника згаданого суб'єкта господарювання вбачаються й ознаки співвиконавства злочину, передбаченого ст. 191 і вчиненого екс-директором Департаменту стратегічного розвитку та інвестицій Дніпровської міської ради.

[2] Питання про рівноцінність еквіваленту і, відповідно, кримінально-правову оцінку витрачання бюджетних коштів має вирішуватись у кожному конкретному випадку. Так, співробітниками НАБУ встановлено факт безпідставного перерахування бюджетних коштів на загальну суму 149 млн. 339 тис. грн. унаслідок укладання між МО і постачальником – переможцем конкурсних торгів додаткових угод, відповідно до яких вартість палива зросла за одиницю товару в середньому на 16% порівняно з початковою ціною. При цьому збільшення ціни здійснено за відсутності документального підтвердження коливання цін на ринку, зміни кон'юнктури ринку та (або) прийняття нормативно-правових актів, що впливають на формування рівня цін (Роз'яснення у справі про розтрату державних коштів під час закупівель палива для Міноборони (https://nabu.gov.ua/novyny/rozyasnennya-u-spravi-pro-roztratu-derzhavnyh-koshtiv-pid-chas-zakupivel-palyva-dlya).

[3] Див.: наказ МФ «Про затвердження документів, що застосовуються в процесі виконання бюджету» №57 від 28.01.2002.

перевищенням всупереч закону через те, що орган ДК, перевіривши платіжне доручення і підтвердні документи, відмовився оплатити рахунок розпорядника (одержувача) бюджетних коштів[1], то вчинене за спрямованістю умислу може кваліфікуватись за відповідними частинами статей 15, 210 як замах на злочин.

Видання керівником бюджетної установи наказу про нецільове використання бюджетних коштів або здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч закону не виходить за межі умисного створення умов для вчинення злочину, а тому має розглядатись не як замах, а як готування до злочину, передбаченого ст. 210. Це саме стосується й оформлення необхідних документів – платіжного доручення й підтвердних документів.

Дії, передбачені ст. 210, однак вчинені службовою особою в стані крайньої необхідності, не визнаються злочинними.

Бюджетні кошті можуть надаватись у вигляді субсидій, субвенцій, дотацій і кредитів[2]. Надання належному адресату завідомо неправдивої інформації з метою одержати один із вказаних фінансових ресурсів має кваліфікуватись за ст. 222 як шахрайство з фінансовими ресурсами.

2.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 210 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Важливу роль у виявленні фактів кримінально караного нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням відіграє діяльність РП, МФ, його регіональних та місцевих фінансових органів (департаменти фінансів обласних державних адміністрацій, управління фінансів районних адміністрацій), фінансових управлінь органів місцевого самоврядування, ДК та його територіальних управлінь, Державної аудиторської служби та її міжрегіональних територіальних органів, ДФС та її територіальних органів.

Ці органи в межах своєї компетенції здійснюють різноаспектний фінансовий контроль за надходженням та використанням коштів державного та місцевого бюджетів. Аналіз слідчої та судової практики показує, що у більшості випадків виявлення злочинів, передбачених ст. 210, відбувалося внаслідок реалізації заходів фінансового контролю з боку цих органів. Однак, будучи наділеними такими повноваженнями, службові особи цих органів можуть не повідомляти правоохоронні органи про виявлені ними під час проведення перевірок порушення виконання вимог бюджетного законодавства, які можуть мати ознаки кримінального правопорушення. Причинами цього може бути як зловживання владою з боку керівників цих органів, одержання ними неправомірної вигоди за неповідомлення правоохоронним органам про ці факти, так і помилки в оцінці небезпеки допущених порушень бюджетного законодавства. Тому оперативно-розшукова діяльність з виявлення злочинів, вчинених у бюджетній сфері, має охоплювати всіх учасників бюджетного процесу та не має ґрунтуватися на очікуванні повідомлень від контролюючих органів про виявлені ними порушення бюджетного законодавства. Одержані оперативним підрозділом дані про наявність порушень бюджетного законодавства можуть бути підставами для звернення до контролюючого органу щодо проведення ним ревізії, перевірки.

В процесі розслідування злочину, передбаченого ст. 210, необхідно досліджувати дії не тільки службової особи, яка наділена правом розпоряджатися бюджетними коштами, а й осіб, які працюють у центральному або територіальному органі ДК, які здійснювали розрахунково-касове обслуговування розпорядника і одержувача бюджетних коштів, на предмет належного виконання ними своїх обов'язків.

Ключове місце в доказуванні обставин вчинення цих злочинів займають документи, оскільки саме вони є основним джерелом відомостей про них. До числа таких документів відносяться:

---

[1] ДК здійснює реєстрацію та облік бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів і відображає їх у звітності про виконання бюджету. При реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань здійснюється перевірка відповідності напрямів витрачання бюджетних коштів бюджетному асигнуванню, паспорту бюджетної програми (у разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі) (ч. 5 ст. 48 БК). Платежі за дорученнями розпорядників бюджетних коштів здійснює ДК (ст. 49 БК).

[2] Так, бюджетні позички є різновидом кредиту, оскільки кошти з бюджету надаються на умовах повернення, платності і строковості (п. 31 ч. 1 ст. БК).

- ті, що вказують до якого рівня розпорядників бюджетних коштів належить зазначена установа, свідчать про форму власності, джерела фінансування та характер діяльності підприємства, установи, організації, де вчинено злочин (статутні документи, постанова, наказ про його створення, баланси, фінансові звіти, податкові декларації та ін.);

- ті, якими визначається обсяг, розподіл, цільове призначення та які містять відомості про фактичне використання бюджетних коштів (бюджетний запит, плани асигнувань, бюджетний розпис або витяг з нього, бюджетна програма, ліміти споживання, кошториси, довідки про зміни до кошторису, зведені показники за всіма джерелами надходжень коштів, зведені показники звітів про виконання бюджету, звіти про рух державних коштів, штатні розписи, накази, розпорядження, план використання бюджетних коштів, рішення місцевої ради, проектна документація, документи первинного бухгалтерського обліку, у яких відображаються фактичні витрати, тощо);

- ті, що свідчать про заняття суб'єктом господарювання, громадською чи іншою організацією, яка не має статусу бюджетної установи, господарською діяльністю, вповноваження його розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримання на їх виконання коштів бюджету (статутні, дозвільні документи, свідоцтва, нормативно-правові акти розпорядника бюджетних коштів, угоди на виконання робіт, баланси, фінансові звіти, податкові декларації, тощо);

- ті, що відображають факт прийняття рішення відповідним органом законодавчої влади, місцевого самоврядування, яке змінює доходи і видатки бюджету, без урахування яких було здійснене використання бюджетних коштів;

- накази про призначення службових осіб на посади, службові інструкції, функціональні обов'язки.

Окрім документів, значення речового доказу мають придбані за рахунок нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням товарно-матеріальні цінності (сировина та матеріали, комплектуючі вироби, паливно-мастильні, будівельні матеріали тощо), транспортні засоби, будівлі та інші матеріальні об'єкти, які знаходяться на балансі підприємства, установи, організації.

Має свої особливості робота співробітника оперативного підрозділу, слідчого, прокурора із висновками ревізій, актів перевірок, якими встановлені факти вчинення дій, що підпадають під ознаки злочинів, передбачених ст. 210. Аналіз матеріалів ревізії, перевірки починається із вивчення висновку ревізії або акту перевірки на предмет з'ясування сутності виявлених фактів порушень бюджетного законодавства, чи містять ці порушення ознаки злочину, передбаченого ст. 210, чи можуть мати місце ознаки злочинів, передбачених статтями 191, 211, 364, 366.

Особа, яка здійснює ревізію, перевірку дотримання вимог бюджетного законодавства, за допомогою методів документальної перевірки і фактичного контролю тільки виявляє факти порушень, які вказують на ознаки злочину. Дослідження діяльності розпорядників бюджетних коштів здійснюється за широким колом питань та може охоплювати періоди часу їх діяльності з великою кількістю фінансово-господарських та інших операцій, тому висновок ревізії, акт перевірки, який надсилається до органу прокуратури, НАБУ чи іншого правоохоронного органу, має великий обсяг, причому більшість фактів фінансових правопорушень, у т.ч. порушень бюджетного законодавства, детально описаних в цьому акті, не мають злочинного характеру. Тому основним завданням співробітника оперативного підрозділу, слідчого, прокурора при вивченні висновку ревізії, акту перевірки є правильне визначення саме злочинних порушень бюджетного законодавства, передбачених ст. 210, або якщо це мало місце, у ст. 211. Також мають бути визначені документи, у яких одержали своє відображення протиправні дії, та де вони знаходяться, які з них є копіями, дублікатами, оригіналами. Це дозволяє на початку досудового розслідування мати чітке уявлення про напрями пошуково-пізнавальної діяльності, слідуючи якими можна зібрати достатні докази для притягнення службової особи до кримінальної відповідальності.

Найбільш поширеним недоліком при проведенні ревізії, перевірки є те, що констатується встановлення факту порушення бюджетного законодавства без дослідження його сутності з рівнем деталізації інформації про обставини вчиненого злочину, який є необхідним для досудового розслідування. Наприклад, відбираються пояснення від службових осіб щодо визнання чи заперечення ними встановленого порушення з їх сторони вимог бюджетного законодавства без з'ясування обставин його вчинення. Або мають місце випадки, коли особи, які здійснювали ревізію,

перевірку не відбирають у службових осіб, діяльність яких перевірялася, письмові пояснення щодо обставин виявлених зловживань. У самому листі, який супроводжує матеріали ревізії або перевірки, найчастіше лише констатується факт виявленого зловживання. У висновку ревізії, акті перевірки не завжди вказуються прізвища всіх службових осіб, які допустили порушення.

Під час аналізу матеріалів ревізії, перевірки треба критично оцінювати їх результати. Інакше існує ризик втратити об'єктивність оцінки даних, які одержує слідчий у кримінальному провадженні. Те, що у матеріалах кримінального провадження є висновок ревізії, акт перевірки, не повинно виключати можливість проведення судової економічної експертизи, наприклад, у випадках одержання даних, які не були використані під час їх проведення, або виникнення питань, по яких ревізія, перевірка не проводилась.

Під час досудового розслідування фактів нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням слід досліджувати всі фактично здійснені операції від одержання коштів з бюджету до їх кінцевої витрати. Слідчий має орієнтуватися на пошук ознак інших злочинів, наприклад, передбачених статтями 191, 364, 366.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 210 КК, отримані з матеріалів ревізії, перевірки, наданих органом, який здійснює контроль за виконанням бюджетного законодавства.

У цій ситуації слідчий має, в першу чергу, сконцентруватися на вивченні одержаного від органу, який здійснює контроль за дотриманням бюджетного законодавства, **висновку ревізії, акту перевірки** з метою визначення у них тих частин, де йдеться про ознаки правопорушення, яке підпадає під ознаки злочину, передбаченого ст. 210. Також треба ознайомитися із бюджетним процесом, особливу увагу звертати на встановлений законодавством порядок затвердження, виконання бюджету та контролю за цим, здійснення та оформлення фінансових і господарських операцій, складання фінансової звітності, системою бухгалтерського обліку у даному державному органі, на підприємстві, в установі чи організації.

Рекомендується конспектувати як матеріали ревізії, перевірки, так і нормативно-правові акти, які містять нормативні приписи щодо порядку використання коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету. Значно полегшує як планування розслідування таких злочинів, так і складання планів проведення окремих процесуальних дій (особливо обшуків, тимчасових доступів до речей і документів, допитів, одночасних допитів двох чи більше раніше допитаних осіб) використання схем, таблиць, у яких відображаються послідовність дій, рішень, службових осіб щодо коштів з бюджету та одержаних результатів, із наведенням реквізитів відповідних документів, встановленої під час ревізії, перевірки матеріальної шкоди та від яких саме дій та вчинених ким вона настала, які дії та ким під час проведення ревізії, перевірки були здійснені для відшкодування нарахованих сум матеріальних збитків, розмір невідшкодованих матеріальних збитків на момент завершення ревізії, перевірки.

Після визначення переліку документів, інших матеріальних об'єктів, які можуть мати значення речових доказів у кримінальному провадженні, їх місцезнаходження, правових підстав доступу до них (містять або ні охоронювану законом таємницю), імовірності протидії у доступі до них з боку осіб, у володіння яких вони знаходяться, обираються **способи їх одержання:** витребуванням, тимчасовим доступом до речей і документів, обшуком.

У таких кримінальних провадженнях для фіксування, наприклад, результатів нецільового використання бюджетних коштів шляхом проведення ремонтних або будівельних робіт за дозволом слідчого судді може бути проведений **огляд**, для участі в якому як спеціаліста рекомендується залучати судового експерта, який буде у подальшому проводити будівельно-технічну експертизу, або інженера-будівельника. Метою такого огляду є як фіксування стану будівлі, споруди, який є на момент його проведення, так і відібрання зразків використаних будівельних матеріалів, придбаних за рахунок нецільового використання бюджетних коштів, для будівельно-технічної експертизи.

На вилучені під час проведення процесуальних дій документи, інші матеріальні об'єкти, які слідчий, прокурор будуть використовувати в доказуванні у кримінальному провадженні як речові докази, накладається **арешт.**

Рекомендується після одержання документів, які містять відомості про протиправні дії, які

підпадають під ознаки злочинів, передбачених ст. 210, розпочинати **допити свідків.** У таких кримінальних провадженнях свідками можуть бути:

- співробітники державного органу, підприємства, установи чи організації, які знаходяться в прямій службовій залежності від службової особи, яка є порушником бюджетного законодавства. До цієї групи відносяться рядові працівники бухгалтерій, канцелярії, касири, робітники, а також, заступники, головні бухгалтери, начальники планово-фінансових, юридичних та інших відділів, структурних підрозділів тощо, якщо немає підстав вважати, що вони у співучасті зі службовою особою, уповноваженою розпоряджатися бюджетними коштами, вчинили цей злочин. Допитуючи таких осіб, слідчий завжди повинен враховувати наявність службової залежності між цими особами, а також спільних корпоративних інтересів, дружніх та інших близьких стосунків, які можуть впливати на дачу свідками неправдивих показань з метою сприяння уникненню службової особи кримінальної відповідальності, так і навпаки – конфліктів між службовою особою, яка порушила вимоги бюджетного законодавства, та її підлеглими, іншого характеру неприязних стосунків між ними, які можуть викликати обмову особи у вчиненні злочину, передбаченого статтею 210. Тому перелік обставин, які підлягають з'ясуванню під час допитів свідків, для забезпечення оцінки достовірності їх показань мають охоплювати не тільки відомі їм обставини підготовки та здійснення фінансово-господарських операцій, пов'язаних із досліджуваним у кримінальному провадженні порушенням бюджетного законодавства, його причин, а й характер службових та особистих стосунків з керівником, який порушив бюджетне законодавство. Перелік запитань, які можуть бути поставлені таким свідкам, визначається з урахуванням їх посади та функціональних обов'язків;

- керівники та службовці бюджетних установ вищого рівня, а також установ, які надавали бюджетні кошти недержавним підприємствам, установам, організаціям. Розраховувати на достовірні показання від таких осіб можна у випадках, коли ними не були допущені порушення бюджетного законодавства. Підставою для цього може бути факт ініціювання керівника такої бюджетної установи ревізії, перевірки щодо виявлених службовцями цієї установи ознак порушень бюджетного законодавства. Під час допиту цих осіб мають бути з'ясовані: обставини виділення підприємству, установі, організації, що фінансується, бюджетних коштів; обставини доведення до керівників підпорядкованого підприємства, установи, організації нормативних вимог бюджету відповідного рівня щодо обсягів, розподілу, перерозподілу, лімітування виділених їм бюджетних асигнувань, встановлення спеціальних правил використання бюджетних коштів; підстав та обставин ініціювання проведення ревізії, перевірки підпорядкованого підприємства, установи, організації, їх результатів, суми завданих збитків, які стали наслідком порушень вимог бюджетного законодавства, вжиття заходів, спрямованих на припинення подальших порушень, у який спосіб, ким та у яких обсягах була відшкодована спричинена шкода; відомостей, що характеризують ділові та особисті якості службової особи, у діях якої вбачаються ознаки злочину, передбаченого ст. 210;

- службові особи органів ДК. Вони фактично здійснюють операції з бюджетними коштами за дорученням розпорядника і зобов'язані ретельно перевіряти достовірність даних, які надаються розпорядниками при зверненні про виділення коштів, а також контролювати цільове призначення цих грошей. Якщо в матеріалах ревізії, перевірки, за підсумками проведеного слідчим самостійного аналізу змісту документів, які відображають витрати бюджетних коштів, не буде встановлено, що службові особи органу ДК самі допустили порушення вимог бюджетного законодавства, можна розраховувати, що ці особи будуть зацікавлені дати детальні та достовірні показання щодо: загального порядку використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету за БК чи законом про Державний бюджет на відповідний рік та оформлення конкретних фінансових операцій у ДК, у результаті яких був вчинений злочин, передбачений у ст. 210; практики здійснення службовими особами ДК контролю за використанням бюджетних коштів, як він здійснювався щодо конкретних фінансових операцій, які виступають тепер предметом розслідування. Також з'ясуванню підлягають обставини виявлення факту порушення бюджетного законодавства службовою особою підприємства, установи, організації. Якщо порушення було виявлено іншим контролюючим органом, то які були причини не виявлення порушення службовими особами органу ДК;

- службові особи банківських установ можуть дати показання щодо здійснення банківських операцій по розрахункових рахунках підприємств, установ, організацій недержавної форми власності, які не знаходяться на казначейському обслуговуванні, наприклад, у випадках використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню, надання кредиту з бюджету без встановлених

бюджетних призначень. Також допити цих службових осіб мають важливе значення у випадках, коли слідчим досліджується фактичне використання бюджетних коштів з метою виявлення фактів вчинення інших злочинів, пов'язаних із вчиненням протиправних дій, передбачених ст. 210;

- службові особи РП, Державної аудиторської служби, ДФС, які виявили під час реалізації передбачених законодавством повноважень з фінансового контролю у бюджетній сфері факти вчинення злочину, передбаченого ст. 210. Цих осіб допитують щодо їх функціональних обов'язків, підстав проведення ревізії, перевірки, під час яких були виявлені конкретні факти порушень бюджетного законодавства, які мають ознаки цього злочину. Щодо таких фактів треба з'ясовувати, на підставі чого (яких саме нормативно-правових актів, документів фінансового-господарської діяльності підприємства, установи, організації, із застосуванням яких методів) та коли особи, які проводили ревізію, перевірку виявили порушення бюджетного законодавства, у чому конкретно таке порушення одержало свій прояв, розмір нарахованих матеріальних збитків, завданих державі чи об'єкту контролю внаслідок таких порушень, які дії були здійснені для забезпечення відшкодування спричиненої шкоди (наприклад, заявлений цивільний позов до суб'єкта розпорядника, одержувача бюджетних коштів, службова особа якого здійснила нецільове використання бюджетних коштів);

- службові особи підприємств, установ, організацій, які одержували кошти, використані розпорядником з порушенням вимог бюджетного законодавства. Таких свідків допитують щодо обставин укладання і виконання відповідних угод щодо виконання робіт, надання послуг, купівлі-продажу товарно-матеріальних цінностей: хто був ініціатором укладання договору; хто брав участь у його підготовці, підписанні, виконанні; якого характеру роботи, послуги, майно фактично було надано бюджетній установі за цим договором, їх ціна; розмір коштів, одержаних від порушника бюджетного законодавства під час їх одержання. З'ясовуються також характер взаємозв'язку керівника підприємства, установи, організації зі службовою особою, яка є розпорядником бюджетних коштів (чи є вони знайомими, родичами, або власником підприємства є знайомий, родич такої службової особи чи вона сама). Незалежно від заперечень свідка щодо наявності такого зв'язку у цьому аспекті мають бути досліджені установчі документи юридичної особи, а також коло зв'язків цих осіб. Результати цього дослідження можуть забезпечити виявлення злочину, передбаченого ст. 364, вчиненого у взаємозв'язку із передбаченим ст. 210.

Економічна **експертиза** для розслідування цієї категорії кримінальних проваджень відіграє неабияке значення. Її проведенням слідчий забезпечує перевірку даних щодо порушень бюджетного законодавства, які були наведені у висновку ревізії, акті перевірки, а також перевірку інших доказів, зібраних у кримінальному провадженні, версій щодо наявності у діях службових осіб розпорядників бюджетних коштів, контролюючих органів, службових осіб підприємства, установи, організації, які одержали ці кошти, ознак інших злочинів, які були вчинені у взаємозв'язку із нецільовим використанням бюджетних коштів або здійсненням видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням. Також для перевірки цих версій можуть бути проведені експертизи:

- товарознавча – для встановлення реальних властивостей придбаних товарно-матеріальних цінностей, їх ринкової вартості на момент придбання та кінцевої вартості на момент проведення експертизи. Ці дані необхідні для їх співставлення з відомостями, які містяться у документах про цільове призначення видатків із бюджету та їх фактичне використання;

- інженерно-технічна (інженерно-транспортна, дорожньо-технічна, будівельно-технічна, оціночно-будівельна та ін.), яка забезпечує вирішення аналогічних завдань із товарознавчою експертизою тільки щодо встановлення фактичних результатів, у т.ч. вартості виконання ремонтних, будівельних робіт тощо;

- почеркознавча та техніко-криміналістична експертиза документів – в межах своїх експертних завдань сприяють встановленню факту підробки документів, які мають значення речових доказів, або їх справжності.

Проведення наведених слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій забезпечує збирання доказів щодо обставин, які підлягають доказуванню у кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених ст. 210, і відповідно слідчий, прокурор у підсумку можуть одержати достатні докази для повідомлення про підозру службовій особі, її співучасникам. Якщо під час досудового розслідування будуть встановлені ознаки вчинення інших злочинів, то щодо них вносяться відомості до ЄРДР із

виділенням необхідних матеріалів із цього кримінального провадження, якщо відсутні підстави, передбачені ст. 217 КПК, для розслідування цих злочинів в одному кримінальному провадженні.

Після повідомлення особам про підозру вирішується питання щодо обрання їм **запобіжних заходів**, відсторонення службових осіб від посад, накладення арешту на майно цих осіб, а також на майно, яке було одержано внаслідок вчинення дій, передбачених ст. 210, та яким може бути забезпечений цивільний позов у кримінальному провадженні.

Під час **допиту підозрюваного** необхідно встановити обставини порушення бюджетного законодавства. Зокрема, у службової особи з'ясовують її посаду, функціональні обов'язки, на підставі яких нормативно-правових актів вона визначена розпорядником бюджетних коштів, її обізнаність з питань бюджетного процесу, до якого рівня розпорядників бюджету належить установа, у якій ця особа працює, у якому територіальному органі ДК вона обслуговується, обставини прийняття рішення щодо порушення бюджетного законодавства, з якою метою, хто був ініціатором, організатором цих дій, ким готувалися, візувалися та затверджувалися документи, дані яких відображають порушення бюджетного законодавства, обставини перевірки службовими особами ДК документів на виділення коштів із бюджету, подальше фактичне використання цих коштів, у яких документах все це відображено, обставини виявлення злочину, вчиненого службовою особою, чи усвідомлював підозрюваний, що він порушує вимоги бюджетного законодавства, чи визнає він свою провину повністю, частково, та у які саме частині, або не визнає повністю і чому.

У осіб, які є підлеглими службової особи розпорядника бюджетних коштів, можуть бути з'ясовані аналогічні обставини вчинення злочину, які наведені щодо допиту їхнього керівника. Плануючи допит таких підозрюваних, слідчому не треба обмежуватися тільки запитаннями, що стосуються ролі підозрюваного у групі осіб, яка вчинила злочин, передбачений у ст. 210, але він має виходити з того, що цей підозрюваний може бути обізнаний про всі обставини вчинення злочину. Закономірним для розслідування багатьох злочинів у сфері економіки, службової діяльності є вплив відносин підпорядкування на розподіл ролей при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб, тому такі відносини треба досліджувати для встановлення реального організатора, підбурювача, співвиконавців.

За наявності протиріч у показаннях раніше допитаних осіб проводиться їх **одночасний допит.**

Всі допити мають проводитися із використанням висновку ревізії, перевірки, фінансово-господарських документів, висновків експертиз. Без цього допити втрачають сенс для доказування у кримінальному провадженні.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 210 КК, отримані з повідомлення від державної установи.

У такій слідчій ситуації відсутній висновок ревізії, акт перевірки. Виходячи із описаної у методичних рекомендаціях з розслідування злочинів, передбачених ст. 364, проблеми з призначенням ревізій та перевірок у кримінальному провадженні, залучення спеціальних знань для встановлення фактів порушень бюджетного законодавства, які підпадають під ознаки злочинів, передбачених ст. 210, відбувається шляхом призначення економічної **експертизи**. Але, щоб призначити таку експертизу, слідчому необхідно зібрати необхідні для її проведення документи.

Рекомендується розпочати з **допиту** як свідка службової особи державної установи (наприклад, обласної, районної державної адміністрації), яка підписала повідомлення про скоєний злочин, щодо відомих їй обставин скоєння злочину, яка саме службова особа його вчинила, її співучасників, джерел, з яких їй про це стало відомо, а також місцезнаходження документів, які підтверджують його показання. Під час допиту службової особи, яка підписала повідомлення про злочин, має бути з'ясовано, чи проводилася або проводиться ревізія, перевірка, якщо проводилася, то ким, коли, з яких питань та їх результати, де знаходиться висновок ревізії, акт перевірки, якщо вони не проводилися, то з яких причин.

Далі здійснюються допити осіб, на яких було вказано як на першоджерела відомостей про злочин, передбачений у ст. 210. Такими особами можуть бути:

- службові особи органу фінансового контролю, в яких, окрім питань виявлення ними фактів порушень бюджетного законодавства, з'ясовується, чому орган фінансового контролю не звернувся до правоохоронного органу із повідомленням про ознаки злочину, пов'язаного із порушенням бюджетного законодавства. Якщо є висновок ревізії, акт перевірки, то слідчий звертається з вимогою до органу фінансового контролю щодо їх надання. Після одержання висновку ревізії, акту перевірки за необхідності слідчий може здійснити повторний або додатковий допит даних осіб;

- особи, які працюють в установі, підприємстві, організації, що є розпорядниками бюджетних коштів, і яким стало відомо про нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням. При допиті цих осіб необхідно детально з'ясувати обставини, за яких їм стало відомо про ці протиправні дії, коли, ким вони були вчинені та коли вони повідомили про такі дії службову особу, яка звернулася до правоохоронного органу із повідомленням про злочин.

Для визначення переліку документів, необхідних для проведення економічної експертизи, слідчий може звернутися за консультацією з цього питання до судового експерта експертної установи, яка буде проводити цю експертизу. Безумовною складовою успішності дій слідчого є самостійне опрацювання чинного на момент скоєння злочину бюджетного законодавства, а також особливостей бюджетного процесу та фінансово-господарської діяльності установи, підприємства, організації. В цілому послідовність дій, спрямованих на забезпечення проведення економічної експертизи та збирання інших доказів вчинення злочину, передбаченого ст. 210, та вини службової особи та її співучасників, у цій ситуації відповідає описаній послідовності проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій по першій слідчій ситуації.

2.5. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 211 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Виявлення та подальше досудове розслідування фактів видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрату бюджету всупереч закону, за що передбачена кримінальна відповідальність ст. 211, має свої особливості.

НАБУ та інші правоохоронні органи не мають достатньо повноважень та ресурсів для здійснення поточного моніторингу та вивчення на предмет відповідності вимогам бюджетного законодавства нормативно-правових актів, з прийняттям яких відбувається зменшення надходжень до бюджету або збільшуються витрати з бюджету. Такий потенціал мають РП, МФ та його регіональні та місцеві фінансові органи, фінансові управління органів місцевого самоврядування, ДК, а також Державна аудиторська служба та її міжрегіональні територіальні органи, ДФС та її територіальні органи.

Це обумовлює необхідність налагодження взаємодії з цими органами фінансового контролю з метою забезпечення здійснення перевірки під час оперативно-розшукової діяльності відомостей, які детективи НАБУ можуть ініціативно одержати зі звітів (місячних, річних, квартальних) про виконання бюджетів різних рівнів, окремих бюджетних програм, у яких відображаються дані щодо виникнення дефіциту в результаті зменшення надходжень до бюджету або збільшення його видатків, або з повідомлень у засобах масової інформації чи від громадських організацій, окремих громадян.

Без залучення спеціальних знань не можливо з'ясувати чи є виникнення такого дефіциту або збільшення видатків, у порівнянні з попередньо запланованими показниками бюджету, наслідком процесів, пов'язаних із негативними чинниками, які об'єктивно впливають на зменшення прогнозованої динаміки розвитку економічних відносин протягом бюджетного періоду, або з прийняттям нормативно-правого акту, який зменшує податкову базу бюджету відповідного рівня, відміняє, відтерміновує, зменшує трансферти, плату за надання адміністративних послуг, власні надходження бюджетних установ чи збільшує бюджетні витрати по конкретних статтях, з порушенням встановленої чинним законодавством процедури, і як наслідок це викликає недоотримання бюджетом у запланованому обсязі коштів, невиконання бюджетних зобов'язань.

Під час досудового розслідування таких злочинів слід мати на увазі, що визначення форм, методів та інструментів наповнення дохідної частини бюджету та напрямів і параметрів використання бюджетних коштів залежить від обсягів валового внутрішнього продукту, компонентів національного багатства країни, зовнішніх та внутрішніх умов господарювання, змісту та обсягу функцій держави, завдань, які вирішує суспільство, територіальна громада на кожному конкретному етапі свого розвитку тощо.

На визначення потреб держави та суспільства, які мають бути задоволені за рахунок державного, місцевого бюджету, та методів формування доходів бюджету впливають поряд з економічними й соціально-політичні процеси, які відбуваються на державному та місцевому рівнях.

У бюджетному законодавстві передбачена можливість перегляду параметрів наповнення та витрат із бюджету, в т.ч. допустимими є зменшення та збільшення обсягів бюджету. Процедура прийняття нормативно-правових актів, які змінюють дохідну та видаткову частини бюджету, передбачена у бюджетному, податковому, митному та законодавстві, яке регламентує діяльність окремих органів державної влади, місцевого самоврядування, складається із чітко визначеного переліку підстав для ініціювання таких змін, етапів їх розгляду та порядку ухвалення відповідного нормативно-правового акту, а також компетенції органів державної влади, місцевого самоврядування приймати нормативно-правові акти щодо конкретних податків, зборів тощо.

Дослідження випадків прийняття нормативно-правових актів на предмет відповідності такій процедурі та компетенції суб'єкта, який його видав, – ключ до встановлення факту вчинення злочину, передбаченого ст. 211. Не слід забувати, що порушуватися може не тільки процедура внесення змін до самого бюджету, а й прийняття нормативно-правових актів, реалізація яких впливає на його виконання, без корегування за встановленою процедурою параметрів дохідної та/або видаткової частин бюджету.

До таких порушень тією чи іншою мірою можуть мати відношення службові особи, які здійснювали підготовку нормативно-правового акту, його експертизу та безпосереднє прийняття. У діях окремих з них можуть вбачатися ознаки злочинів, передбачених статтями 364, 365, 366. Однак, у таких ситуаціях, щоб притягнути до кримінальної відповідальності службову особу, яка видала нормативно-правовий акт, порушення у процедурі прийняття якого здійснили інші службові особи, треба довести, що ця службова особа усвідомлювала, що такі порушення були і не дивлячись на це вона видала нормативно-правовий акт, який зменшує надходження бюджету або збільшує витрату бюджету. Слід також завжди враховувати можливість протидії розслідуванню з боку таких службових осіб, зокрема, шляхом впливу на службових осіб органів фінансового контролю, судових експертів, які проводять експертизу, свідків з числа службовців, яким відомо про окремі порушення, які були допущені під час підготовки та видання нормативно-правового акту.

Під час руху пошуково-пізнавальної діяльності за цією категорією кримінальних проваджень від внесення відомостей до ЄРДР до повідомлення особі про підозру мають бути вирішені такі питання:

- чи містить це порушення законів (бюджетного, податкового, про місцеве самоврядування тощо) ознаки складу злочину, передбаченого ст. 211, або це правопорушення тягне відповідальність за іншими статтями КК чи КУпАП;

- в яких конкретних діях проявилося порушення при виданні нормативно-правового акту, що зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету (наприклад, під час змін ставок або строків сплати до бюджетів або державних цільових фондів податків, зборів, інших обов'язкових платежів, списання заборгованості зі сплати обов'язкових платежів, у т.ч. неподаткового характеру, запровадження нових видів обов'язкових платежів, які були не передбачені до того законодавством, наданні пільг щодо податків, зборів, інших обов'язкових платежів або позбавлення таких пільг, скорочення визначених бюджетом видатків на фінансування його захищених статей, застосування фінансових санкцій тощо). Які норми законодавства були порушені;

- в яких документах відображені протиправні дії, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 211, та де вони знаходяться;

- реквізити виданого нормативно-правового акту, яким всупереч встановленому законом порядку змінені доходи або видатки бюджету (найменування, номери державної реєстрації, зміст, від імені якого органу державної влади, місцевого самоврядування виданий, чиї підписи, резолюції є на цьому акті);

- усвідомлення службовою особою, що вона під час видання нормативно-правового акту порушила конкретні норми закону. Якщо під час досудового розслідування виявлені порушення закону, які були допущені іншими службовими особами при підготовці, прийнятті такого нормативно-правового акту, то треба встановити, чи знала службова особа, яка його видала, про ці порушення та взаємозв'язок її дій із діями інших службових осіб. Якщо для прийняття нормативно-правового акту передбачена колегіальна процедура, то треба встановлювати обізнаність осіб, які входять до складу органу держаної влади, місцевого самоврядування, про порушення закону, які відбудуться із виданням нормативно-правого акту, яким змінені доходи або видатки бюджету;

- мотиви дій службових осіб (корисливий, політична зацікавленість, кар'єризм чи ін.);

- які саме кошти стали предметом злочину (планові або наявні; цільове спрямування та обсяг

дозволеного витрачання) та їх розмір (великий, особливо великий). По якому фонду бюджету вони проходять (загальному чи спеціальному);

- якщо відбулася реалізація цього незаконного нормативно-правового акту, то в чому саме вона одержала своє втілення. Розмір матеріальної шкоди, яка настала, могла настати при цьому по завершенню бюджетного року;

- які суб'єкти господарювання одержали вигоду від зменшення відрахувань чи збільшення витрат з бюджету;

- чи є взаємозв'язок між цими суб'єктами господарювання зі службовою особою (особами), які видали такий нормативно-правовий акт.

Пошук відповідей на наведені запитання може забезпечити не тільки одержання доказів щодо вчинення злочину, передбаченого ст. 211, а й вивести слідство на інші, пов'язані з ним злочини, які передували або слідували за ним, наприклад, передбачені статтями 191, 210, 364, 365, 366.

Важливе значення у доказуванні мають **документи.** До їх числа у цій категорії кримінальних проваджень відносяться:

- нормативно-правовий акт, яким затверджений державний або місцевий бюджет та сам текст бюджету, бюджетні програми тощо;

- звіти (квартальні, річні), у яких відображені дані щодо недоотримання або перевитрату бюджетних коштів, їх суму, та висновки фінансового органу відповідного рівня про причини та підстави недоотримання чи перевитрату бюджетних коштів;

- оригінал нормативно-правового акту, який змінив доходи або видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку;

- документи, які відображають діяльність службових та інших осіб щодо підготовки такого нормативно-правового акту та його прийняття (бюджетний запит, лист, доповідна записка, фінансово-економічне обґрунтування (включаючи відповідні розрахунки), пропозиції щодо внесення змін до законодавчих актів України щодо скорочення витрат бюджету та/або джерел додаткових надходжень бюджету для досягнення збалансованості бюджету, експертний висновок щодо повноти та достовірності даних, викладених у фінансово-економічному обґрунтуванні, впливу законопроекту на показники бюджету (з обов'язковим визначенням вартісної величини такого впливу), можливостей фінансового забезпечення у відповідному бюджетному періоді, відповідності законам, що регулюють бюджетні відносини, та пропозиції щодо його розгляду, тощо);

- документи, у яких заперечується законність нормативно-правового акту (наприклад, листи від розпорядника бюджетних асигнувань до органів фінансового контролю щодо недоотримання фінансування з бюджету у передбаченому у ньому обсязі, скарга до суду про визнання незаконним нормативного акта, звернення громадської організації, окремого громадянина та відповіді на них компетентних органів або службових осіб і т.п.);

- рішення компетентного органу вищого рівня або суду про невідповідність нормативно-правового акту вимогам чинного закону (бюджетного, податкового, митного, тощо);

- документи, що визначають посадовий статус службової особи, яка підписала нормативно-правовий акт, яким змінюються доходи, видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку, та документи, які визначають відповідний статус осіб органу державної, місцевої влади, що уповноважений колегіально приймати нормативно-правовий акт, який підписаний службовою особою;

- документи, які відображають порядок та результати розгляду колегіальним органом нормативно-правового акту, який змінює доходи, видатки з бюджету;

- акт фінансового контролю РП, підрозділу фінансового контролю МФ, Державної аудиторської служби, у якому оцінюється фактичний стан справ та надається висновок щодо своєчасності і повноти бюджетних надходжень, продуктивності, результативності, економності використання бюджетних коштів їх розпорядниками та одержувачами, законності, своєчасності і повноти прийняття управлінських рішень учасниками бюджетного процесу, стану внутрішнього контролю розпорядників бюджетних коштів, тощо, а також документи, які додаються до нього.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 211 КК, отримані з матеріалів фінансового контролю, наданих органом, який здійснює контроль за виконанням бюджетного та іншого законодавства.

У цій ситуації на самому початку розслідування слідчий має вивчити **акт фінансового контролю та законодавство**, яке регулює бюджетний процес, оподаткування, збирання мита, діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування та їх службових осіб з метою з'ясування сутності допущених порушень закону, які пов'язані із виданням службовою особою нормативно-правового акту, що зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету, та суми прямого матеріального збитку від його реалізації.

Рекомендується конспектувати як матеріали фінансового контролю, так і нормативно-правові акти, які містять нормативні приписи законів щодо порядку видання нормативно-правових актів, які зменшують надходження до нього або збільшують витрати. Значно полегшує як планування розслідування таких злочинів, так і складання планів проведення окремих процесуальних дій (особливо обшуків, тимчасових доступів до речей і документів, допитів, одночасних допитів двох чи більше раніше допитаних осіб) використання схем, таблиць, у яких відображаються з одного боку послідовність дій, рішень, службових осіб щодо підготовки, прийняття та в подальшому реалізації такого нормативно-правового акту, які передбачені чинним законом, а з іншого – фактично здійснені дії під час та після видання нормативно-правового акту та у яких документах вони одержали своє відображення. На визначені різниці між нормативно встановленими діями, фактично вчиненими конкретними службовими особами та їх наслідками має ґрунтуватися планування розслідування кримінального провадження щодо злочину, відповідальність за який передбачена у ст. 211.

Мають бути визначені переліки документів, інші матеріальні об'єкти, які можуть мати значення **речових доказів** у кримінальному провадженні, їх місцезнаходження, правові підстави доступу до них (містять або ні охоронювану законом таємницю), з урахуванням імовірності протидії у доступі до них з боку осіб, у володінні яких вони знаходяться, обираються способи їх одержання: витребуванням, тимчасовим доступом до речей і документів, обшуком.

На вилучені під час проведення процесуальних дій документи, інші матеріальні об'єкти, які слідчий, прокурор будуть використовувати в доказуванні у кримінальному провадженні як речові докази, накладається **арешт.**

Тільки після одержання документів, які містять відомості про протиправні дії, що підпадають під ознаки злочину, передбаченому у ст. 211, рекомендується розпочинати **допити свідків.** У таких кримінальних провадженнях, в першу чергу, треба допитати службових осіб РП, Державної аудиторської служби, ДФС, МФ, які виявили під час реалізації передбачених законодавством повноважень з фінансового контролю факти вчинення злочину, передбаченого ст. 211. Ці особи допитуються щодо їх функціональних обов'язків, підстав проведення перевірки, під час яких були виявлені конкретні факти порушень бюджетного та іншого законодавства, які мають ознаки цього злочину.

Щодо таких фактів треба з'ясовувати: на підставі чого (яких саме нормативно-правових актів, документів фінансового-господарської діяльності підприємства, установи, організації, із застосуванням яких методів) та коли особи, які проводили перевірку, виявили порушення бюджетного та іншого законодавства, як таке порушення вплинуло на зменшення надходжень бюджету або збільшення витрат бюджету, розмір нарахованих матеріальних збитків, завданих державі чи об'єкту контролю внаслідок таких порушень, які дії були здійснені для забезпечення припинення таких порушень закону (наприклад, заявлений позов до адміністративного суду про скасування нормативно-правового акту, яким зменшені надходження бюджету або збільшені його витрати всупереч закону).

Під час допитів цих осіб треба з'ясовувати, яким чином була забезпечена достовірність результатів фінансового контролю, тобто чи перевірялася точність звітності органів ДК, відповідність проведених в дійсності господарських операцій документам бухгалтерського обліку, які відображають витрати бюджету, визначеним цілям, передбаченим бюджетними призначеннями, встановленими законом про бюджет на поточний рік, напрямам використання бюджетних коштів, визначеним у паспорті бюджетної програми або в порядку використання бюджетних коштів, бюджетним асигнуванням, та законність здійснення операцій з бюджетними коштами. Метою цього є не тільки одержання роз'яснень щодо виявлених органом фінансового контролю фактів протиправних дій, які підпадають під ознаки злочинів, передбачених ст. 211, а й для оцінки висновків за результатами фінансового контролю на предмет наявності в них відомостей про інші злочини.

Далі доцільно здійснити допити як свідків співробітників державного органу, органу місцевого самоврядування, які знаходяться в прямій службовій залежності від службової особи, яка видала

нормативно-правовий акт, яким зменшені надходження або збільшені витрати бюджету, або які входять до складу колегіального органу, який вповноважений приймати такий нормативно-правовий акт, та щодо яких немає підстав вважати, що вони у співучасті зі службовою особою вчинили злочин, який розслідується, та яким може бути відомо про дії щодо готування та видання нормативно-правового акту, його виконання та наслідки цього. До таких осіб можуть відноситися співробітники планово-фінансових, юридичних та інших відділів органу державної влади, місцевого самоврядування, секретаріату, комітетів ВР, органу місцевого самоврядування, народні депутати, депутати місцевої ради, члени КМ тощо.

Допитуючи таких осіб, слідчий завжди повинен враховувати наявність службової залежності між цими особами, спільних корпоративних інтересів, дружніх та інших близьких стосунків, які можуть впливати на дачу свідками неправдивих показань з метою сприяння уникненню службової особи від кримінальної відповідальності, так і навпаки – конфліктів між службовою особою, яка порушила вимоги закону при виданні нормативно-правового акту, та свідком, іншого характеру неприязних стосунків між ними, які можуть викликати обмову особи у вчиненні злочину, передбаченого статтею 211.

Службові особи органів фінансового контролю допитуються для одержання від них даних про фактично здійснені операції з наповнення та витрачання бюджетних коштів. У таких осіб з'ясовується: загальний порядок використання бюджетних коштів, внесення змін до бюджету за чинним законодавством; відомі їм обставини, за яких був виданий нормативно-правовий акт, яким всупереч закону зменшені надходження або збільшені витрати бюджету; чи був цей нормативно-правовий акт виконаний повністю чи частково, якщо так, то у якій саме частині; ким та коли була виявлена невідповідність нормативних приписів нового акту вимогам закону, у чому це одержало свій прояв; які заходи реагування від органу фінансового контролю щодо припинення порушення закону були застосовані та результати цих дій.

Якщо відбулося виконання нормативно-правового акту, то необхідно допитати службових осіб та службовців ДК, бюджетних установ, організацій та юридичних осіб, які використали кошти бюджету. Під час допиту цих осіб мають бути з'ясовані: обставини виділення підприємству, установі, організації, що фінансується, бюджетних коштів; обставини доведення до службових осіб ДК, підприємства, установи, організації нормативних вимог бюджету відповідного рівня та нормативно-правового акту, яким змінені обсяги, розподіл, лімітування виділених їм бюджетних асигнувань, встановлені спеціальні правила використання бюджетних коштів; фінансово-господарські операції, які були здійснені чи навпаки не були реалізовані через зміни у дохідній та видатковій частині бюджету у зв'язку із виданням нормативно-правового акту.

Також у такому випадку мають бути допитані службові особи банківських установ щодо здійснення банківських операцій по розрахунковим рахункам підприємств, установ, організацій недержавної форми власності, які не знаходяться на казначейському обслуговуванні. Під час допитів цієї категорії свідків доцільно відпрацьовувати версію щодо можливого вчинення інших злочинів щодо бюджетних коштів. З цією метою щодо витрат бюджетних коштів з'ясовуються обставини укладання й виконання відповідних угод щодо виконання робіт, надання послуг, купівлі-продажу товарно-матеріальних цінностей: хто був ініціатором укладання договору; хто приймав участь у його підготовці, підписанні, виконанні; якого характеру роботи, послуги, майно фактично було надано бюджетній установі за цим договором, їх ціна; розмір коштів, одержаних від порушника бюджетного законодавства під час їх одержання). З'ясовуються також характер взаємозв'язку керівника підприємства, установи, організації зі службовою особою, яка видала нормативно-правовий акт, яким всупереч вимог закону внесені зміни до бюджету (чи є вони знайомими, родичами, або власником підприємства є знайомий, родич такої службової особи чи вона сама).

Незалежно від заперечень свідка щодо наявності такого зв'язку у цьому аспекті мають бути досліджені установчі документи цієї юридичної особи, а також коло зв'язків цих осіб. Результати дослідження можуть забезпечити виявлення ознак злочинів, передбачених статтями 191, 364, вчинених у взаємозв'язку із передбаченим статтею 210.

Важливим компонентом доказування у кримінальних провадженнях про злочини, передбачені ст. 211, є дії прокурора, спрямовані на **оскарження у адміністративному суді законності нормативно-правового акту, яким зменшені надходження бюджету або збільшені витрати бюджету.** Рішення суду, у якому визначена незаконність такого нормативно-правового акту, може

використовуватися у доказуванні для додаткового обґрунтування процесуально-правової позиції сторони обвинувачення, але тільки у сукупності з доказами, які були одержані у кримінальному провадженні. Також рекомендується під час досудового розслідування після одержання достатніх даних щодо порушень закону при виданні нормативно-правового акту звертатися до відповідного органу державної влади, місцевого самоврядування з ініціативою щодо зупинення чи скасування дії цього акту. Таке звернення є можливим тільки за умови, коли службові особи цього органу державної влади, місцевого самоврядування не причетні до вчинення злочину, передбаченого ст. 211.

Під час досудового розслідування **економічна експертиза** не може визначити законність чи незаконність видання нормативно-правового акту, яким зменшені надходження бюджету або збільшені витрати бюджету, але її проведенням слідчий забезпечує перевірку даних, наведених у висновку фінансового контролю, щодо фактичного недоотримання або збільшення витрат з бюджету у зв'язку із виданням нормативно-правового акту, а також перевірку інших доказів, зібраних у кримінальному провадженні, версій щодо наявності у діях службових осіб розпорядників бюджетних коштів, контролюючих органів, службових осіб підприємства, установи, організації, які одержали ці кошти, ознак інших злочинів, які були вчинені у взаємозв'язку із можливим нецільовим використанням бюджетних коштів або здійсненням видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням.

Якщо під час економічної експертизи будуть встановлені ознаки протиправних дій, кримінальна відповідальність за які, наприклад, передбачена у статтях 191, 210, 364 або інших злочинів, то щодо цих дій мають бути внесені відомості до ЄРДР та дублікат висновку експертизи долучається до матеріалів розпочатого кримінального провадження. Сприяти виявленню ознак таких злочинів під час досудового розслідування кримінального провадження за ст. 211 може не тільки економічна, а й товарознавча, інженерно-технічна, почеркознавча експертизи, дублікати висновків яких також долучаються до кримінального провадження про ці злочини.

Проведення наведених слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій забезпечує збирання доказів щодо обставин, які підлягають доказуванню у кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених ст. 211, і відповідно слідчий, прокурор у підсумку можуть одержати їх достатню сукупність для повідомлення про підозру службовій особі, її співучасникам.

Після **повідомлення про підозру** вирішується питання щодо обрання запобіжних заходів, відсторонення службових осіб від посад, накладення арешту на майно цих осіб, а також на майно, яке було одержано внаслідок вчинення дій, передбачених ст. 211.

Під час **допиту як підозрюваного** необхідно встановити обставини порушення закону при виданні нормативно-правового акту, яким зменшені надходження бюджету або збільшені витрати бюджету. Зокрема, у службової особи з'ясовують її посаду, функціональні обов'язки, на підставі яких нормативно-правових актів вона визначена уповноваженою на видання нормативно-правового акту, яким зменшені надходження бюджету або збільшені витрати бюджету, її обізнаність з питань бюджетного процесу, обставини прийняття цього нормативно-правового акту, з якою метою, хто був ініціатором, організатором цих дій, ким готувалися, візувалися документи, які обґрунтовували прийняття нормативно-правового акту, та проект цього акту, обставини прийняття колегіальним органом чи видання одноосібно службовою особою нормативно-правового акту, його реєстрації та доведення до відома органів фінансового контролю, розпорядників бюджетних коштів та інших підприємств, установ, організацій, які виступають одержувачами бюджетних коштів, відомі їм обставини щодо подальшого фактичного використання цих коштів, у яких документах все це відображено, обставини виявлення злочину, вчиненого службовою особою, чи усвідомлював підозрюваний, що він порушує вимоги закону під час видання нормативно-правового акту, чи визнає він свою провину повністю, частково, та у які саме частині, або не визнає повністю і чому. У осіб, які є підлеглими службової особи, яка видала нормативно-правовий акт, можуть бути з'ясовані аналогічні обставини вчинення злочину, які наведені щодо допиту їхнього керівника.

Плануючи допит таких підозрюваних, слідчому не треба обмежуватися тільки запитаннями, що стосуються ролі підозрюваного у групі осіб, яка вчинила злочин, передбачений у ст. 211, він має виходити з того, що підозрюваний може бути обізнаний про всі обставини вчинення злочину.

За наявності протиріч у показаннях раніше допитаних осіб проводиться їх **одночасний допит.**

Всі допити мають проводитися із використанням висновку фінансового контролю, судових експертиз, чинних нормативно-правових актів, які визначають підстави та порядок прийняття

нормативно-правових актів у сфері бюджетних, податкових, митних правовідносин, фінансово-господарських документів. Без цього такі допити втрачають сенс для доказування у кримінальному провадженні.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 211 КК, отримані з повідомлення від державної установи, громадської організації, засобів масової інформації.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР підлягають **допиту як свідків** особа, яка повідомила про вчинений злочин, щодо відомих їй обставин вчинення протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 211, джерел, з яких їй про це стало відомо, а також місцезнаходження документів, які підтверджують його показання. Документи, які наявні у особи проведенням тимчасового доступу мають бути вилучені.

Оптимальним для з'ясування наявності ознак злочину, передбаченому у ст. 211, у цій слідчій ситуації є одержання **висновку органу фінансового контролю** за підсумками зовнішнього фінансового аудиту щодо дотримання законодавства при зменшенні дохідної чи збільшенні видаткової частин бюджету. Для цього слід звернутися до відповідного органу фінансового контролю щодо здійснення фінансового аудиту з питань законності, ефективності і результативності діяльності об'єктів аудиту на всіх стадіях бюджетного процесу, зокрема їх управлінських рішень при зменшенні дохідної чи збільшенні видаткової частин бюджету.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 19-2 Закону «Про Національне антикорупційне бюро», орган державного фінансового контролю, а також інші державні органи, що здійснюють державний контроль за дотриманням фізичними та юридичними особами законодавства, з метою запобігання та протидії кримінальним правопорушенням, віднесеним до підслідності НАБУ, зобов'язані за зверненням НАБУ проводити у межах своєї компетенції ревізії, перевірки та інші дії щодо контролю за дотриманням законодавства України фізичними та юридичними особами.

У цих ситуаціях фінансовий аудит має бути проведений за сприяння з боку правоохоронного органу. Це забезпечує як ефективність проведення фінансового аудиту, так і одержання слідчим проміжних результатів аудиту, на підставі яких можуть бути своєчасно проведені обшуки, тимчасові доступи до речей і документів, спрямовані на вилучення матеріальних об'єктів, як мають значення для кримінального провадження, і тим самим попереджене їх знищення, заміна чи приховування. Після одержання висновку фінансового контролю подальше розслідування здійснюється за алгоритмом, наведеним для першої слідчої ситуації.

Розділ 3.
ДАВАННЯ Й ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

3.1. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК) *(О. Дудоров)*

Своєрідність ст. 354 зумовлена тим, що вона:

а) встановлює караність корупційної поведінки, не пов'язаної зі здійсненням владних або управлінських повноважень;

б) містить низку універсальних положень, які стосуються законодавчого описання інших корупційних злочинів та звільнення від кримінальної відповідальності за їх вчинення (ч. 5 ст. 354, пункти 3–5 примітки до цієї статті). Це негативним чином впливає на інформативність КК у частині регламентації відповідальності за вказані злочини і на виконання КК запобіжної функції;

в) описує в межах частин 1 і 3 два основні, хоч і тісно пов'язані між собою склади злочину («активний» і «пасивний» підкуп, відповідно). Частини 2 і 4 ст. 354 передбачають відповідні кваліфіковані склади злочину.

З одного боку, коментована стаття може розглядатись як результат виконання Україною міжнародно-правових рекомендацій у частині криміналізації корупційної поведінки працівника, який не має статусу управлінця приватного сектору[1]. З іншого, статтю 354 є підстави розцінювати як прояв необґрунтованої криміналізації (принаймні в частині криміналізації одержання «неправомірної вигоди-подяки» за правомірну поведінку)[2]. До того ж чинна редакція цієї статті йде врозріз втіленій у чинному КК (розділ XVII його Особливої частини) ідеї диференціації кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення в публічній і приватній сферах і не повною мірою узгоджується з процесуальною здійсненністю переслідування як одним із принципів криміналізації (через неможливість застосування оперативно-розшукових та негласних слідчих (розшукових) дій)[3].

Підкуп працівника підприємства, установи чи організації (особливо це стосується підкупу працівника юридичної особи приватного права) на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян як складову управлінських відносин не посягає. Формальне (примітка до ст. 45) і, головне, змістовне надання злочину, передбаченому ст. 354, статусу корупційного, ознаки складу якого значною мірою збігаються з ознаками відповідних складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, вказує на доцільність перенесення аналізованої заборони до розділу XVII Особливої частини КК.

Предмет злочину.

Предмет злочину – в частинах 3 і 4 ст. 354 – ***неправомірна вигода***. Зміст поняття «неправомірна вигода» (п. 2 примітки до ст. 354, а також примітка до ст. 364-1, яка поширює свою дію на статті 364, 365-2, 368, 369, 369-2 і 370) визначають дві обов'язкових ознаки, відповідно до яких: а) предметом НВ можуть бути лише: грошові кошти та інше майно; переваги, пільги й послуги; нематеріальні

---

[1] Маються на увазі: а) статті 7, 8 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією (встановлення кримінальної відповідальності за одержання хабара в приватному секторі не лише для особи, яка обіймає керівну посаду на приватному підприємстві, а і для особи, яка працює на такому підприємстві *в будь-якій якості*, а також за давання хабара такій особі); б) ст. 21 Конвенції ООН проти корупції (визнання злочином вимагання або прийняття неправомірної вигоди як особою, яка керує роботою організації приватного сектору, так і тим, хто працює в такій організації *на будь-якій посаді*, а також обіцянки, пропозиції і надання неправомірної вигоди такій особі).

[2] Водночас при застосуванні ст. 354 щодо надання «чайових» офіціанту, перукарю або таксисту, подяки лікарю за вдало проведену операцію та інших подібних життєвих ситуацій, слід враховувати, що наявність складів злочину, передбаченого цією статтею КК, пов'язується з неправомірною вигодою. Нею ж визнається не будь-яке майнове чи немайнове благо (див. п. 2 цього коментаря).

[3] Докладніше див.: Арманов М., Ковальова І. Процесуальні аспекти притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого статтею 354 Кримінального кодексу України // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2017. – №1. – С. 23–31.

активи; будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру; б) їх обіцяють, пропонують, надають або одержують *без законних на те підстав*.

На відміну від забороненого згідно із антикорупційним законодавством подарунка, ознакою якого є отримання його безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової, безоплатність не є і не може бути ознакою НВ, оскільки остання не завжди є матеріальною.

Майно взагалі – це окрема річ або сукупність речей, які є об'єктом права власності і можуть бути предметом різних цивільно-правових (купівлі-продажу, дарування, найму тощо), так само, як і господарсько-правових (поставки, енергопостачання, комерційної концесії тощо) договорів; у цивільному праві майном як особливим об'єктом вважаються також майнові права та обов'язки (ст. 190 ЦК). Як види майна виділяють: нерухоме майно (зокрема, земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їхнього знецінення та зміни призначення); тварини; підприємство як єдиний майновий комплекс; гроші (грошові кошти); валютні цінності; цінні папери. Звичайно також, що видами майна (майнових прав) є ювелірні прикраси, культурні цінності, транспортні засоби, комп'ютерна і побутова техніка, меблі, зброя, талони на паливо, туристичні путівки, квитки на розважальні заходи, на проїзд у літаку чи на кораблі тощо.

Законодавець відніс до видів майна саме в антикорупційному контексті (ст. 46 Закону «Про запобігання корупції»), зокрема: об'єкти нерухомості; цінне рухоме майно (транспортні засоби, інші самохідні машини й механізми); цінні папери (акції, облігації, чеки, сертифікати, векселі), інші корпоративні права; юридичних осіб; нематеріальні активи; доходи, у т.ч. у вигляді заробітної плати (грошового забезпечення), гонорари, дивіденди, проценти, роялті, страхові виплати, благодійну допомогу, пенсію, доходи від відчуження цінних паперів та корпоративних прав; наявні грошові активи, у т.ч. кошти на банківських рахунках, позичені третім особам, активи у дорогоцінних (банківських) металах.

У законодавстві міститься понад десять схожих визначень поняття «грошові кошти». Переважно ці визначення створені для уніфікації бухгалтерського обліку й означають кошти, у т.ч. електронні: готівку – монети та банкноти, кошти на рахунках у банках і казначействі, депозити до запитання. Готівку передають й одержують «з рук у руки», а інші види грошових коштів – за допомогою чеків, дебетових карток та інших форм грошових переказів. Відповідно до ст. 192 ЦК грошами (грошовими коштами) є гривня й іноземна валюта.

Переваги – це додаткові матеріальні чи інші вигоди, які суб'єкт має порівняно з іншими особами, які ставлять його в нерівне становище з ними. Синоніми слова «переваги» – слова «пріоритет», «привілей», «першість» («першочерговість»), «вищість», «виключне право».

Переваги можуть полягати, зокрема, у праві на позачергове одержання матеріальних благ чи послуг або пільг, які належать особі за законом (наприклад: одержання квартири від держави особою, яка перебувала на обліку як така, що має право на першочергове одержання житла, але у відповідному списку таких осіб не була першою; значне зниження орендної плати за проживання в котеджі чи квартирі або плати за проживання в готелі; зниження процентних ставок по кредитах, або навпаки – безпідставно висока плата за офіційно дозволену роботу за сумісництвом).

Надання незаконних переваг означає, що їх надають особі, яка не має на них права, і при цьому може бути порушено інтереси інших осіб.

Пільги – це звільнення різних категорій осіб від певних обов'язків або надання додаткових можливостей майнового чи немайнового характеру. *Майновими* є пільги, що надаються у виді додаткових виплат, повного або часткового звільнення від обов'язкових платежів, а *немайновими* – у виді додаткових оплачуваних відпусток, скорочення робочого часу тощо (немайновими вони названі досить умовно). Неправомірною вигодою можна вважати обидва види пільг, адже жодних винятків чи уточнень закон не робить.

За категоріями осіб, яким установлюються пільги, останні можна поділити на: трудові (санаторно-курортне лікування, безкоштовний проїзд пасажирським міським та приміським транспортом); житлові (капітальний ремонт житлових приміщень, звільнення або зменшення плати за житло, комунальні послуги, електроенергію, газ, паливо); у галузі охорони здоров'я (забезпечення автомобілем, безплатне протезування); фінансово-кредитні (надання бюджетних кредитів та позик) тощо.

Службова особа, уповноважена приймати рішення про надання пільги, має можливість зловживати своїм повноваженням на користь інших службових осіб чи їхніх близьких, зокрема в

обмін на іншу *НВ* (за принципом «ти мені – я тобі»). Наприклад, *НВ* може бути визнане надання за рішенням службової особи центру безоплатної вторинної правової допомоги такої допомоги особі, яка згідно зі ст. 14 Закону «Про безоплатну правову допомогу» не відноситься до її суб'єктів.

Послуги – це здійснювана на замовлення споживача та з метою задоволення його особистих потреб діяльність з надання чи передачі споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага (п. 17 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»).

Серед послуг законодавство виділяє «послуги з перевезення пасажирів та вантажів», «фінансові послуги», «соціальні послуги», «житлово-комунальні послуги», «послуги з технічного сервісу», «послуги в галузі охорони здоров'я», «послуги в закладах ресторанного господарства», «освітні послуги», «послуги мобільного зв'язку та доступу до мережі Інтернет», «ритуальні послуги» тощо.

До договорів про надання послуг відносять договори перевезення, зберігання та ін. (див. главу 63 ЦК). Главою 63 ЦК передбачено, що *безумовно оплатними* є договори: перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти (ст. 916); транспортного експедирування (ст. 931); зберігання, у т.ч. на товарному складі (ст. 957) і речі в ломбарді (ст. 968); з охорони (забезпечення недоторканності) особи (ст. 978); страхування (ст. 982); комісії (ст. 1013), управління майном, у т.ч. управління цінними паперами (ст. 1029). Водночас, можуть бути *безоплатними* договори: зберігання (статті 942, 946, 947), у т.ч. зберігання цінностей у банку (ст. 969), речей у камерах схову організацій, підприємств транспорту (ст. 972), у гардеробі організації (ст. 973), речей пасажира під час його перевезення (ст. 974), речей у готелі (ст. 975), автотранспортних засобів (ст. 977), речей, що є предметом спору (ст. 976); доручення (ст. 1002).

Із зазначеного випливає: якщо відповідна особа одержала безоплатну послугу за договором, який згідно із законом є традиційно безоплатним як для неї, так і для будь-яких інших осіб (скажімо, безоплатно зберігала речі в готелі, а автомобіль – на готельній автостоянці), то ознак корупції в її діянні немає. Проте, як *НВ* може розглядатися одержання нею безоплатної послуги за договором, який відповідно до ЦК чи іншого закону: є безумовно оплатним, або хоча і може бути безоплатним, але в цьому разі не існувало підстав робити виняток щодо безоплатності для цієї особи (якщо йдеться, скажімо, про безкоштовне саме для цього пасажира перевезення залізничною платформою його автомобіля або про тривале виконання представником юридичної фірми обов'язків повіреного в інтересах згаданої особи).

Поняття «***нематеріальні активи***» не означає, що йдеться про блага нематеріального характеру. Під нематеріальними активами зазвичай розуміють саме майнові права на певні об'єкти права інтелектуальної власності, як-от: комп'ютерні програми; бази даних; винаходи, промислові зразки; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці. Такими правами стосовно зазначених об'єктів є, зокрема: право на їхнє використання; виключне право дозволяти їхнє використання; виключне право перешкоджати їхньому неправомірному використанню, у т.ч. забороняти його (статті 420, 424 ЦК).

Для визначення вартості нематеріальних активів як однієї із груп основних засобів та інших необоротних активів – об'єктів податку на прибуток підприємств слід керуватися ст. 145 ПК. У пункті ж 138.3.4 ст. 138 ПК перелічені шість груп нематеріальних активів. Це:

- права користування природними ресурсами (надрами, іншими ресурсами природного середовища, геологічною та іншою інформацією про природне середовище);
- права користування майном (земельною ділянкою, крім права постійного користування земельною ділянкою, право користування будівлею, право на оренду приміщень тощо);
- права на комерційні позначення (права на торговельні марки (знаки для товарів і послуг), комерційні (фірмові) найменування тощо), крім тих, витрати на придбання яких визнаються роялті;
- права на об'єкти промислової власності (на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, сорти рослин, породи тварин, компонування (топографії) інтегральних мікросхем, комерційні таємниці, у т.ч. ноу-хау, захист від недобросовісної конкуренції тощо) крім тих, витрати на придбання яких визнаються роялті;
- авторське право та суміжні права (право на літературні, художні, музичні твори, комп'ютерні програми, програми для ЕОМ, компіляції даних (баз даних), фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення тощо) крім тих, витрати на придбання яких визнаються роялті. Одним із прикладів надання нематеріальних активів як *НВ* може бути написання наукових статей,

монографії, підручника, дисертації однією особою від імені іншої, коли остання в такий обманний спосіб стає їхнім автором;

- інші нематеріальні активи (право на ведення діяльності, використання економічних та інших привілеїв тощо).

У п. 14.1.40 ст. 14 ПК називається ще один вид нематеріального активу – гудвіл (вартість ділової репутації); він визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо.

Неправомірна вигода зазвичай має економічний або фінансовий характер, однак може бути і нематеріальною (немайновою). Важливо, аби правопорушник (чи третя особа) виявився в вигіднішому становищі, ніж перед вчиненням злочину, і аби таке поліпшення становища не було правомірним. Тож словосполучення «***будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру***» означає широкий спектр вигод[1].

> *Це можуть бути, наприклад: більш швидкий розгляд певної справи або інші форми нематеріальної преференції; позитивне висвітлення в ЗМІ; прийняття на службу чи призначення на посаду без передбачених законом конкурсу чи спеціальної перевірки або шляхом порушення умов їх проведення, або створення кращих кар'єрних можливостей, включаючи підвищення по службі, «горизонтальне» переведення на посаду, кращу за тими чи іншими ознаками (скажімо, переведення з обласної прокуратури до столичної); надання можливості вчитися в університеті дитині певної особи поза конкурсом або влаштування близької особи на престижну роботу; не призначення службового розслідування чи не застосування дисциплінарного стягнення, не відсторонення від посади чи не звільнення зі служби за наявності підстав для цього; сприяння у направленні в закордонне відрядження чи на підвищення кваліфікації; дострокове присвоєння військового чи спеціального звання, рангу тощо, інше заохочення або подання для нагородження без законних чи належно обґрунтованих підстав для цього; організація надання сексуальних послуг (послуг повії) або послуг кримінального характеру (зокрема, послуг злодія чи сутенера); запрошення на ексклюзивний захід.*

З цього переліку видно, що *НВ* особі, яка має спеціальні ознаки, визначені у ч. 1 ст. 354, п. 1 примітки до ст. 364 або у ч. 1 ст. 368-3 чи ч. 1 ст. 368-4, може надати як інша така сама особа, у т.ч. її підлеглий чи начальник, так і особа без відповідної спеціальної ознаки. При цьому зазначеними вигодами певні особи можуть обмінюватися між собою. До речі, згідно з п. 2 постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. №5 «Про судову практику у справах про хабарництво», одержання службовою особою незаконної вигоди від підлеглих чи підконтрольних осіб за протегування чи потурання, за вирішення на їх користь питань, які входять до її компетенції, також пропонувалось розцінювати як одержання хабара.

Слово «*будь-які*» означає, що цей перелік вигод може бути довгим, а слово «*інші*» – що, на відміну від майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, які мають переважно матеріальний чи грошовий характер, інші вигоди такого характеру не мають. До категорії *НВ* належать й усі інші вигоди, які:

а) не мають відношення до речей матеріального світу і безпосереднього матеріального чи грошового характеру. Проте, в разі сприяння в зарахуванні на навчання за рахунок державного бюджету про дійсну вартість навчання можна говорити, порівнявши його з контрактним; незаконне присвоєння військового чи спеціального звання, рангу, ученого звання передбачає отримання відповідної надбавки;

б) не мають конкретної вартості (тобто таким вигодам не можна дати грошову оцінку). До цієї категорії можна віднести різного роду нагороди у вигляді значків, грамот, подяк тощо, не пов'язаних з отриманням премій, надбавок. У таких випадках отримані речі самі собою не мають грошового визначення або їхня вартість є мізерною. Головна цінність таких вигод – нематеріальна (задоволення хворобливого егоцентризму, «малювання» гарної біографії тощо).

«*Іншою вигодою*» може бути також незаконно наданий дозвіл на роботу підприємства, ліцензія чи сертифікат, незаконно погоджений договір, незаконно надана інсайдерська інформація, податкова

---

[1] Тут має місце стилістична неточність: зі слів «*будь-які інші*» випливає, ніби усі названі раніше вигоди також є вигодами саме нематеріального чи негрошового характеру, хоча насправді вони мають – і це очевидно – грошовий або інший матеріальний характер. Тому правильніше було б говорити про «будь-які інші вигоди, *у тому числі* нематеріального чи негрошового характеру».

чи інша таємниця, – у відповідь ця особа може вчинити дію чи бездіяльність в інтересах того, хто надав їй такий документ чи інформацію, або в інтересах третьої особи.

Таким чином, предметом *НВ* може бути будь-який ресурс обміну: капітал, товари, роботи, послуги, інформація, влада, лояльність тощо.

Найширше визначення в законі поняття *НВ* означає, що неправомірною вигодою є також й усе те, що особа одержує навзамін тій неправомірній вигоді, яку вона пропонує, обіцяє чи надає. Іншими словами, такою вигодою відповідно до КК також є:

- «будь-які дії, вчинені чи не вчинені працівником з використанням становища, яке він займає, або особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи» (ст. 354);
- «будь-які дії, вчинені чи не вчинені службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи з використанням наданої їй влади чи службового становища» (статті 368 і 369);
- «будь-які дії чи бездіяльність, вчинені службовою особою дій з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає вигоду, або в інтересах третьої особи» (ст. 368-3);
- «будь-які дії чи бездіяльність, вчинені особою, яка надає публічні послуги, з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає вигоду, або в інтересах третьої особи» (ст. 368-4).

Термін «неправомірний» в Конвенції РЄ проти корупції тлумачиться як щось таке, що одержувач не має права приймати або отримувати. Цей термін виключає (не враховує): переваги, які дозволені відповідно до закону або адміністративних правил; дрібні подарунки, подарунки дуже низької вартості або соціально прийнятні подарунки. У цьому контексті необхідно мати на увазі, що подарунок відрізняється від неправомірної вигоди насамперед за тією ознакою, що його дарують/приймають не у зв'язку зі здійсненням особою діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Якщо ж певний предмет (грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи) надають/одержують саме у зв'язку із зазначеною діяльністю, то він трансформується із подарунка в неправомірну вигоду.

Як зазначалось вище, другою ознакою *НВ* є те, що її предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують ***без законних на те підстав***. Це означає, що в особи, яка обіцяє, пропонує чи надає зазначені предмети, так само, як і в особи, яка їх одержує, немає визначених безпосередньо в законі підстав для цього.

Той факт, що майно, інші вигоди надано особі у формально законний спосіб (за договором дарування, купівлі-продажу, міни тощо), але в обмін на використання наданих цій особі повноважень, її становища чи пов'язаних з ними можливостей, не робить законними підстави їх надання/одержання. У таких випадках слід говорити про завуальовану корупцію. Це має місце, коли *НВ* надають під виглядом, наприклад: спеціального гонорару; спадкування за заповітом – адже заповідач може призначити своїми спадкоємцями фізичних осіб, незалежно від наявності в нього з цими особами сімейних, родинних відносин, а також і юридичних осіб (ст. 1235 ЦК); укладання договору про надання послуг з підприємством, яке контролює близька особа (такі послуги, зокрема консалтингові, насправді не надано); передачі частки в підприємстві близькій особі (під умовою, що остання, наприклад, буде впливати на умови проведення тендеру чи аукціону в інтересах цього підприємства, іншим чином неправомірно сприяти йому у здійсненні господарської діяльності).

Чинна редакція ст. 354 не встановлює мінімального розміру неправомірної вигоди.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони злочин може бути вчинено в таких семи формах:

1) пропозиція надати неправомірну вигоду;
2) обіцянка надати неправомірну вигоду;
3) надання неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 354).

В усіх цих випадках особою, на яку спрямовано дії суб'єкта, є:

- працівник підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або
- особа, яка працює на користь підприємства, установи чи організації.

При цьому суб'єкт обіцяє, пропонує чи надає неправомірну вигоду цій або – альтернативно –

третій особі і робить це в обмін на вчинення чи невчинення (в його інтересах або інтересах певної сторонньої особи) цією особою будь-яких дій з використанням становища, яке вона займає на підприємстві, в установи чи організації, або її можливостей, пов'язаних з її роботою на користь підприємства, установи, організації.

З огляду на те, що неправомірною вигодою може бути будь-яка вигода матеріального чи нематеріального характеру, фактично йдеться про обмін неправомірними вигодами між двома чи більше особами (наприклад, фізична особа надає гроші водієві транспортного підприємства, що обслуговує вищий орган державної влади, а зазначений водій – можливість для першої особи та пов'язаних з нею інших осіб систематично користуватися закріпленими за ним транспортними засобами цього підприємства);

4) прийняття пропозиції неправомірної вигоди;

5) прийняття обіцянки неправомірної вигоди;

6) одержання неправомірної вигоди;

7) прохання надати таку вигоду (ч. 3 ст. 354).

В усіх останніх чотирьох випадках може йтися про неправомірну вигоду як для працівника підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою (або для особи, яка працює на користь підприємства, установи чи організації), так і для третьої особи, і, відповідно, про вчинення чи невчинення будь-яких дій як на користь того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, так і на користь третьої особи.

> *Провідний фахівець відділу з продажів Кіцманського відділення ПАТ «Чернівцігаз» одержав НВ у вигляді грошових коштів за видачу такого акту-розрахунку необлікованого обсягу природного газу та його вартості, в якому був зацікавлений споживач. Інкримінуванню ч. 4 ст. 354 у цьому разі не завадило те, що вказаний працівник, використовуючи свої функціональні повноваження, діяв на користь підприємства, в якому працював, бо гроші призначались для ремонту покрівлі приміщення Кіцманського відділення ПАТ «Чернівцігаз»*[1].

Під використанням становища, яке суб'єкт «пасивного» підкупу займає на підприємстві, в установі чи організації, або його можливостей, пов'язаних з роботою на користь підприємства, установи, організації, треба розуміти виконання таким суб'єктом своїх професійних функцій. За цією ознакою розглядуваний злочин слід відмежовувати від зловживання впливом (ст. 369-2).

> *Наприклад, діями з використанням становища, яке займає працівник в установі, у справі засудженого за ч. 3 ст. 354 помічника директора з загальних питань Інституту проблем безпеки електростанцій НАН, визнано незаконну передачу в оренду трьох нежитлових приміщень*[2]*. Засуджений за цією ж кримінально-правовою нормою електромонтер з експлуатації електролічильників 4 групи ПАТ «Львівобленерго» одержав НВ за надання незаконних послуг із втручання в роботу електромереж з метою зменшення показників фактично спожитої електроенергії*[3]*. Помічник судді Ковпаківського районного суду м. Суми, дії якого кваліфіковані за ч. 3 ст. 354, одержав НВ у вигляді 2 тис. доларів США за інформування про ініційовані органом досудового розслідування заходи забезпечення кримінального провадження та відповідні рішення, винесені слідчими суддями*[4]*.*

Під одним і тим же поняттям «***третя особа***», яке двічі застосоване у ч. 1 і ще двічі – у ч. 3 ст. 354, законодавець розуміє дві різні категорії осіб: перша – це особи, на користь яких діє умовний «хабародавець», а друга – особи, на користь яких діє умовний «хабароодержувач». Отже, правильніше було б говорити про «третіх» і «четвертих» осіб. При цьому вказівка на третю особу (нею може бути як фізична, так і юридична особа) в ч. 3 ст. 354, як і в інших нормах про «пасивний» підкуп, є виправданою, оскільки вона: а) є результатом виконання міжнародно-правових рекомендацій; б) враховує ту обставину, що відносини, які становлять об'єкт відповідних корупційних злочинів,

---

[1] Вирок Кіцманського районного суду Чернівецької області від 14 грудня 2017 р. Справа №718/2522/17 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71010102).

[2] Вирок Голосіївського районного суду м. Києва від 9 січня 2018 р. Справа №752/25314/17 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71479208).

[3] Вирок Личаківського районного суду м. Львова від 3 листопада 2017 р. Справа №463/2674/17 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/70053598).

[4] Вирок Зарічного районного суду м. Суми від 24 жовтня 2017 р. Справа №592/10879/17 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69766766).

порушуються незалежно від того, на які цілі й для задоволення потреб яких осіб винний мав намір згодом використати (використав) отриману неправомірну вигоду.

У ч. 1 ст. 354 не диференційовано відповідальність за такі діяння, як пропозиція, обіцянка та надання неправомірної вигоди, так само як у ч. 3 ст. 354 не диференційовано відповідальність за прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди, її одержання та прохання надати неправомірну вигоду. Відмінність у небезпеці діянь, перерахованих у частинах 1 і 3 ст. 354, не впливаючи на кваліфікацію, має враховуватись при призначенні покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65).

Неправомірна вигода в частинах 1 і 2 ст. 354 (неправомірна вигода-підкуп) є **засобом** вчинення злочину.

Поняття «пропозиція» і «обіцянка» визначені у п. 3 примітки до ст. 354. Ці два поняття є синонімічними, і «обіцянка» відрізняється від «пропозиції» лише більш конкретним характером (уточненням часу, місця і способу надання пропонованої неправомірної вигоди).

Пропозиція (обіцянка) має бути зрозумілою, недвозначною, містити усі істотні умови; вона може набувати різної форми – усної, письмової, конклюдентних дій тощо. Не має значення, винний особисто пропонує (обіцяє) неправомірну вигоду, робить це через посередника і чи вдалою була пропозиція (обіцянка) неправомірної вигоди.

Пропозиція неправомірної вигоди – це дія, яка полягає в доведенні до відома адресата наміру (бажання, готовності) надати неправомірну вигоду. Ініціатива її надання виходить від особи, яка її пропонує. Пропонуючи неправомірну вигоду, суб'єкт може мати на меті переконатися у тому, що адресат не відхилить неправомірну вигоду, безперешкодно її одержить в майбутньому, не вчинить провокацію підкупу тощо.

Натомість ***обіцянка неправомірної вигоди*** має місце тоді, коли особа домовляється із суб'єктом «пасивного» підкупу про надання неправомірної вигоди (наприклад, особа дає згоду задовольнити прохання цього суб'єкта про надання йому неправомірної вигоди після того, як суб'єктом буде виконана бажана для особи дія). Ініціатива при обіцянці може виходити як від особи, котра надає таку вигоду, так і від суб'єкта «пасивного» підкупу. Так, якщо стосовно особи здійснювалося вимагання чи прохання надання неправомірної вигоди і вона у відповідь на це пообіцяла її надати, то йдеться саме про обіцянку неправомірної вигоди.

Злочин у цій частині є закінченим з моменту доведення пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди до відома особи. Те, як цей адресат відреагував на вказану пропозицію (обіцянку), а так само, чи мало місце в подальшому надання-одержання неправомірної вигоди, не впливає на визнання злочину у формі пропозиції (обіцянки) закінченим.

Доведення наміру (бажання, готовності) надати неправомірну вигоду до відома особи, яка не є суб'єктом відповідного злочину, із розрахунком на те, що ця особа повідомить належного адресата, у разі, якщо цей розрахунок не виправдався, має кваліфікуватися як замах на пропозицію неправомірної вигоди. Така ж кримінально-правова оцінка має даватися в разі, коли пропозиція неправомірної вигоди з інших причин не дійшла до адресата (скажімо, була перехоплена правоохоронним органом).

Визнавши – на виконання міжнародно-правових зобов'язань – закінченими злочинами пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди і, відповідно, прийняття пропозиції, обіцянки цієї вигоди, законодавець унеможливив у таких випадках: а) пом'якшення покарання на підставі частин 2 і 3 ст. 68; б) застосування ч. 2 ст. 14; в) звернення до ст. 17. Так, якщо особа спочатку запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду відповідному суб'єкту, а згодом відмовилась її надати, то вчинене нею не може розцінюватись як добровільна відмова при незакінченому злочині, адже в такій поведінці особи вже вбачаються ознаки закінченого злочину.

Автономна природа діянь, які утворюють «активний» і «пасивний» підкуп, втілена в чинних редакціях антикорупційних кримінально-правових заборон, дозволяє вирішувати на практиці і деякі інші проблеми.

> *Постановою Касаційного кримінального суду у складі ВС скасовано судові рішення, відповідно до яких головного державного ревізора-інспектора відділу контрольно-перевірочної роботи доходів і зборів з фізичних осіб Кіровоградської ОДПІ ГУ ДФС у Кіровоградській області було виправдано за ч. 3 ст. 368 на тій підставі, що на момент одержання НВ ця особа була звільнена із займаної посади, а отже, не була службовою – спеціальним суб'єктом одержання НВ. На думку ВС, при новому розгляді справи у суді першої інстанції слід дати юридичну оцінку фактичним обставинам кримінального провадження, а саме встановити наявність або відсутність ознак*

складу злочину в діях виправданої особи, вчинених в останній день її перебування на відповідній посаді. Йдеться про те, що у цей день інспектор, ще будучи службовою особою, зустрівся з підприємцем, правильність сплати яким ПДВ він перевіряв раніше, і звернувся до нього з пропозицією надати НВ, що й було узгоджено[1].

Надання неправомірної вигоди – це передача її особисто або через посередника за вчинення або не вчинення особою дій з використанням повноважень, становища, яке він займає, або пов'язаних з ними можливостей, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи. Йдеться про передачу грошових коштів або іншого майна, а також про надання можливості володіти, користуватися або розпоряджатися перевагами, пільгами, послугами чи нематеріальними активами.

Способи надання-одержання неправомірної вигоди залежать від її характеру. З усього їх розмаїття варто виділити дві форми: 1) просту (безпосереднє вручення неправомірної вигоди адресату або третій особі); 2) завуальовану (надання-одержання під виглядом виконання цивільно-правового договору, безпідставного нарахування і виплати заробітної плати чи премій, нееквівалентної оплати послуг різного характеру – консультацій, експертиз тощо). При цьому у вироку мають наводитися докази того, що отримана в завуальованому вигляді вигода є неправомірною, і суб'єкт «пасивного» підкупу усвідомлював цю обставину.

Безпосереднє вручення неправомірної вигоди не слід розуміти буквально – як передачу предмета злочину до рук суб'єкта «пасивного» підкупу (третьої особи). Безпосереднім врученням неправомірної вигоди є й така передача предмета, за якої він, хоч і не потрапляє одразу до рук особи, яка одержує неправомірну вигоду, переходить у її розпорядження, знаходиться під її контролем. Так відбувається, коли, наприклад: особа просить покласти предмет неправомірної вигоди в шухляду стола в її кабінеті або в багажник автомобіля, що стоїть неподалік; гроші як різновид неправомірної вигоди можуть бути відправлені поштовим переказом, перераховані на належний винній особі або контрольований нею банківський рахунок, тощо; одержання неправомірної вигоди може набувати вигляду отримання особою банківських платіжних карток або оплачених товарних (касових) чеків на одержання певних товарів; неправомірну вигоду з відома винного можуть отримати члени його сім'ї, інші особи, включаючи його кредиторів.

Не виключається надання-одержання неправомірної вигоди й шляхом бездіяльності (йдеться, наприклад, про не витребування майна, переданого раніше в тимчасове користування, не перешкоджання користуватись певним майном, прощення боргу).

Злочин у формі надання неправомірної вигоди є закінченим і тоді, коли суб'єкт «пасивного» підкупу прийняв частину неправомірної вигоди.

У ситуації, коли особа спочатку запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду, а згодом надала її, має місце випадок конкуренції частини й цілого, коли кожна попередня стадія злочину поглинається наступною й самостійної правової оцінки не потребує. З урахуванням того, що конкуренція кримінально-правових норм про більш ранню і більш пізню стадію одного і того ж злочину вирішується на користь статті, що передбачає відповідальність за пізнішу стадію, ці дії слід кваліфікувати лише як надання неправомірної вигоди (закінчений злочин) – вони не потребують окремої юридичної оцінки як пропозиція чи обіцянка (готування до злочину).

Дії особи, яка намагалась надати неправомірну вигоду, в разі відмови суб'єкта «пасивного» підкупу одержати її, слід кваліфікувати як незакінчений замах на надання неправомірної вигоди. Однак якщо така особа раніше пропонувала чи обіцяла суб'єкту неправомірну вигоду, то ці дії треба кваліфікувати як закінчений злочин.

Надання неправомірної вигоди особі за вчинення нею незаконних діянь, що містять ознаки інших злочинів, є, крім того, і підбурюванням до відповідного злочину, що має кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 (наприклад, одержавши неправомірну вигоду, особа підробляє документ). У таких ситуаціях слід встановити, що особа, яка надала неправомірну вигоду, шляхом підкупу схилила відповідного суб'єкта до вчинення іншого злочину, породивши в нього умисел на це.

Прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди полягає в згоді суб'єкта «пасивного» підкупу, повідомленій тому, хто пропонує (обіцяє) неправомірну вигоду, одержати її від нього

---

[1] Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі ВС від 19 вересня 2018 р. Справа №405/5444/15-к (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76715841).

(інакше кажучи, це здійснювана у межах погодження підкупу зовнішня демонстрація внутрішньої готовності одержати неправомірну вигоду, а не просто ухвалення суб'єктом рішення, так би мовити, для себе). Форма (конклюдентні дії, усно, письмово тощо), час і спосіб згоди (зокрема, її поєднання з уточненням розміру неправомірної вигоди, часу її одержання) для кваліфікації цієї дії значення не мають.

Законодавче виокремлення прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди є логічним кроком: у ст. 354, а також статтях 368, 368-3, 368-4 знаходить відображення система двосторонньої угоди, за якої для визнання злочину закінченим достатньо згоди адресата прийняти запропоновану (обіцяну) йому неправомірну вигоду. У такий спосіб унеможливлено ситуації, коли особа, яка запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду, підлягатиме кримінальній відповідальності, а особа, яка погодилася прийняти запропоновану (обіцяну) вигоду (якщо на цьому етапі її злочинна діяльність була виявлена й припинена правоохоронними органами), – ні.

Одержання передбачає будь-який спосіб прийняття неправомірної вигоди суб'єктом «пасивного» підкупу – як особисто, так і через посередника (заволодіння майном, користування послугами тощо). Відповідальність настає лише за умови, якщо суб'єкт «пасивного» підкупу одержав неправомірну вигоду за вчинення чи невчинення будь-яких дій з використанням свого становища, повноважень, пов'язаних з ними можливостей, в інтересах того, хто надав таку вигоду, або в інтересах третьої особи. Тобто має бути нерозривний зв'язок між одержанням неправомірної вигоди і вчиненням (не вчиненням) указаних дій. Відсутність (недоведеність) такого зв'язку виключає кваліфікацію за відповідною нормою.

Водночас фактичне виконання або невиконання зазначених дій знаходиться поза межами об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 (або ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4).

У зв'язку з цим для кваліфікації дій винної особи за відповідною нормою КК не має значення: а) чи було заздалегідь обумовлене одержання неправомірної вигоди; б) коли (до чи після вчинення діянь з використанням повноважень, становища, яке займає особа) одержано неправомірну вигоду; в) чи було фактично вчинено ці діяння і чи мав суб'єкт «пасивного» підкупу намір вчиняти їх; г) за виконання (невиконання) яких дій (законних чи незаконних) надається-одержується неправомірна вигода.

Якщо ж діяння, вчинене суб'єктом «пасивного» підкупу в зв'язку з одержанням неправомірної вигоди, саме по собі є злочинним і утворює самостійний склад злочину, то скоєне треба кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 3 ст. 354 (або ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4) і тією нормою КК, яка передбачає відповідальність за злочин, вчинений у зв'язку з одержанням неправомірної вигоди. У цьому разі має місце реальна сукупність злочинів, за якої винний різними діяннями здійснює декілька актів злочинної поведінки, передбачених різними статтями КК, за жоден з яких він не був засуджений.

Злочин, передбачений ч. 3 ст. 354 (або ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4), є закінченим і в разі одержання вказаною у відповідній нормі особою частини неправомірної вигоди, незважаючи на наявність певного розриву між умислом винної особи та його втіленням.

На відміну від пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди, поняття «***прохання надати неправомірну вигоду***» в КК не розкривається.

З огляду на лексичне значення слова «прохати», така дія, на відміну від вимагання неправомірної вигоди, не передбачає будь-яких погроз для прав і законних інтересів особи та умисного створення певних умов, притаманного завуальованому вимаганню (див. нижче), а є лише виявленням бажання суб'єкта «пасивного» підкупу одержати неправомірну вигоду за вчинення або не вчинення ним дій із використанням певного становища або в зв'язку з певною його діяльністю. Прохання надати неправомірну вигоду – це звернення відповідного змісту в чіткій і коректній формі з розумінням при цьому можливості особи, яка потенційно здатна надати неправомірну вигоду, відмовити в задоволенні такого прохання.

Прохання, яке слід відрізняти від натяків, двозначних висловлювань або жестів тощо та яке має адекватно сприйматись тим, до кого воно звернене, утворює склад закінченого злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 або ч. 1 ст. 368, за умови, що подія обмежилася проханням, тобто одержати неправомірну вигоду прохачу не вдалося з причин, що від нього не залежать (інша сторона відмовилася надати неправомірну вигоду, або погодилася на прохання, але не встигла його виконати, тощо).

Якщо особа прийняла пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди або просила надати її для себе чи третьої особи за вчинення чи не вчинення відповідних дій і протягом незначного часу

одержала неправомірну вигоду, то вчинене треба кваліфікувати лише як одержання неправомірної вигоди (конкуренція частини і цілого).

> *За ч. 3 ст. 354 КК суд кваліфікував дії головного спеціаліста відділення військового обліку та бронювання сержантів і солдатів запасу Городнянського районного військового комісаріату, яка спочатку (18 червня 2018 р.) висловила особі прохання надати НВ у вигляді 200 доларів США за видачу тимчасового посвідчення військовозобов'язаному і зняття його з військового обліку у зв'язку із переїздом в іншу місцевість, а згодом (27 червня 2018 р.), здійснивши дії з використанням свого становища за посадою в інтересах особи, одержала зазначену НВ*[1].
> *За ч. 3 ст. 354 КК суд засудив провідного спеціаліста, інженера відділу технічної безпеки Управління з контролю обслуговування житлового фонду комунального підприємства «Жилкомсервіс, який отримав НВ у вигляді 3 тис. грн. за видачу довідки про надання дозволу на розробку проекту встановлення автономного газового опалення в нежитлових приміщеннях*[2].

З огляду на сказане, включення у формулу обвинувачення у цьому разі не лише одержання НВ працівником підприємства, який не є службовою особою, за вчинення чи невчинення дій з використанням становища, яке він займає на підприємстві, а й прохання надати НВ є помилковим.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 354, – загальний, а злочинів, передбачених частинами 3 і 4 ст. 354, – спеціальний. У другому випадку йдеться про особу, яка є:

а) працівником підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою (про поняття ***службових осіб*** див. ст. 18, а також п. 1 примітки до ст. 364), або

б) особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації (наприклад, юрисконсульт, бухгалтер, аудитор, консультант, торговельний агент). Поняття ***особи, яка працює на користь підприємства, установи чи організації***, визначено у п. 1 примітки до ст. 354. При цьому під договором у визначенні цього поняття слід розуміти як трудовий, так і цивільно-правовий договір.

Зроблене в ч. 3 ст. 354 негативне застереження («... який не є службовою особою») потребує уточнення. Адже можливі ситуації, коли службова особа при одержанні неправомірної вигоди виступає як професіонал (наприклад, головний лікар одержує неправомірну вигоду за проведення операції, а завідувач кафедри – за виставлення «потрібної» оцінки на іспиті). Ці і подібні дії таких суб'єктів, не дивлячись на їхню належність до числа службових осіб, за наявності підстав мають кваліфікуватися за ч. 3 (ч. 4) ст. 354.

Із системного тлумачення КК випливає, що за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 можуть нести відповідальність особи, які виконують різного роду професійні обов'язки, не надаючи, однак, публічних послуг. Сказане стосується, наприклад: лікаря, який ставить діагноз, здійснює обстеження, лікування, проводить операцію; викладача, який навчає, виховує, передає знання і контролює їх засвоєння.

> *Суб'єктом «пасивного» підкупу було визнано: головного спеціаліста відділу з питань містобудування, архітектури, екології та житлово-комунального господарства Чернігівської РДА*[3]*; головного спеціаліста відділу по роботі з Єдиним Державним демографічним реєстром управління з питань громадянства, паспортизації та реєстрації Головного управління Державної міграційної служби України у Львівській області*[4].

Фізична особа – підприємець (ФОП) не є підприємством, а тому особа, яка уклала трудовий договір з ФОПом, не належить до суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 354[5]. Сказане стосується й того, хто уклав трудовий договір з таким роботодавцем, як фізична особа, котра не є ФОПом. Відповідно, особою, на яку спрямовано дії суб'єкта «активного» підкупу, не може визнаватись ні сам ФОП, ні його працівник, ні працівник фізичної особи, яка не є підприємцем.

---

[1] Вирок Городнянського районного суду Чернігівської області від 12 вересня 2018 р. Справа №732/1216/18 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76411100).

[2] Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 9 серпня 2018 р. Справа №638/7735/18 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75814577).

[3] Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 4 травня 2018 р. Справа №750/9497/17 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73789816).

[4] Вирок Галицького районного суду м. Львова від 3 травня 2018 р. Справа №461/2196/18 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73837898).

[5] При цьому ФОПи є повноцінними суб'єктами господарювання, прирівняними за повноваженнями до комерційних юридичних осіб.

Тому помилковим слід визнати засудження за ч. 1 ст. 354 особи, яка надала 1500 грн. ФОПу за видачу довідки з неправдивими відомостями про її перебування у трудових відносинах з цим ФОПом[1].

За такою ознакою, як суб'єкт, каране за ст. 354 прийняття пропозиції, обіцянки або одержання чи прохання НВ треба відмежовувати від складів злочинів, передбачених статтями 368, 368-3, 368-4.

Зокрема, із системного тлумачення КК випливає, що за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 можуть нести відповідальність особи, які виконують різного роду професійні обов'язки, не надаючи, однак, публічних послуг. У разі визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-4, особи, прямо не віднесеної у цій нормі до числа тих, хто надає публічні послуги, таке рішення правозастосувача має аргументуватися в процесуальних документах. Для цього необхідно аналізувати положення тих нормативно-правових актів, які визначають правовий статус певної особи. При цьому зворот «іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», використаний у ч. 3 ст. 368-4, пропонується тлумачити обмежувально. Адже поняттю «публічні послуги» притаманна законодавча невизначеність, а згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» віднесення інших осіб (крім аудиторів, нотаріусів, приватних виконавців, оцінювачів, експертів, арбітражних керуючих, незалежних посередників, членів трудового арбітражу, третейських суддів під час виконання ними цих функцій) до тих, хто надає публічні послуги, має бути визначено законом. Звідси випливає негативна відповідь на питання про віднесення до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, наприклад, лікарів під час оформлення ними листків тимчасової непрацездатності і викладачів при прийнятті ними заліків та екзаменів (хоча відповідні результати професійної діяльності таких осіб фіксуються в офіційних документах і набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин). За наявності підстав вказані професіонали можуть нести відповідальність за ст. 354[2].

При застосуванні ст. 354 слід, серед іншого, брати до уваги і ту обставину, що статтею 368 не охоплюються випадки одержання НВ особою, яка визнається службовою, за виконання (невиконання) нею таких дій, які, не будучи використанням службового становища, є її професійною діяльністю, позбавленою владного, організаційно-розпорядчого або адміністративно-господарського характеру[3].

Головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему в м. Яремче, який одержав 2 200 доларів США за виготовлення та видачу довідок про перелік обмежень на земельну ділянку і наявні земельні сервітути, був засуджений за ч. 1 ст. 368. Розглядаючи справу за заявою захисника засудженої особи, в якій стверджувалось, що вона не була службовою особою (оскільки виконувала виключно технічну роботу з видачі довідок і не мала повноважень на самостійне прийняття рішення щодо видачі довідок), Судова палата у кримінальних справах ВС зазначила, що зайняття посади в органі державної влади ще недостатнє для визнання особи службовою. При цьому зі змісту посадової інструкції головного спеціаліста з юридичного та

---

[1] Вирок Новопсковського районного суду Луганської області від 12 лютого 2018 р. Справа №420/153/18 (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72145888).

[2] Традиційно у судовій практиці суб'єктом одержання хабара (ст. 368 чинного КК, ст. 168 попереднього КК) визнавались особи, діяльність яких характеризується різноманітністю й включає в себе виконання не лише професійних обов'язків, а й обов'язків організаційно-розпорядчого характеру (це, зокрема: лікарі – в разі зловживання повноваженнями, пов'язаними з видачею листків тимчасової непрацездатності, з участю в роботі призовних комісій і проведенням медико-соціальної експертизи; викладачі – за порушення обов'язків, покладених на них як на членів кваліфікаційних та екзаменаційних комісій). Фактично тут ішлось про окремий випадок виконання організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками. Вважалось, що в цих ситуаціях особи реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків. З урахуванням етимології слова «організаційно-розпорядчий», імперативу «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», а також змісту вдосконалених статей 354, 358, які дозволяють давати кримінально-правову оцінку зловживанням відповідних професіоналів, подібне поширювальне тлумачення поняття «організаційно-розпорядчі функції» є неприйнятним. Відповідно, вказані функції пропонується зводити тільки до керівництва службовою діяльністю підлеглих чи певною галуззю або ділянкою роботи (такий висновок відображено, зокрема, у постанові Судової палати у кримінальних справах ВС від 8 жовтня 2015 р. у справі №5-109кс15), а при визнанні тієї чи іншої особи службовою не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин.

[3] Тому зроблене в ч. 3 ст. 354 негативне застереження «…який не є службовою особою» потребує уточнення. Адже можливі ситуації, коли службова особа при одержанні НВ виступає як професіонал (наприклад, головний лікар одержує НВ за проведення операції, а завідувач кафедри – за виставлення «потрібної» оцінки на іспиті). Ці і подібні дії таких суб'єктів, не дивлячись на їх належність до числа службових осіб, за наявності підстав мають кваліфікуватись за ч. 3 (ч. 4) ст. 354.

кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче не вбачається наявності владних повноважень в особи, яка займає таку посаду, оскільки вона не наділена повноваженнями давати вказівки та розпорядження, обов'язкові для виконання будь-якими громадянами чи установами. Отже, головний спеціаліст з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему не мав статусу представника влади. Встановлено, що він не виконував також організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій. Відповідно, одержуючи гроші за дії у межах процедури видачі відповідних довідок, зазначений спеціаліст не був наділений владою і не використовував службового становища, у зв'язку з чим інкримінування йому як особі, яка не була службовою, ч. 1 ст. 368 визнано помилковим[1]*.*

Визнаючи обґрунтованим засудження начальника юридичного відділу РДА за ст. 368 і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що останній одержав гроші як плату за роботу юриста з використанням спеціальних професійних знань (за виготовлення проектної документації та її оформлення), Судова палата у кримінальних справах ВС зазначила, що засуджений одержав саме хабар за використання своїх службових повноважень, а не плату за надання юридичних послуг. До кола службових повноважень начальника юридичного відділу належало погодження проектів розпоряджень із земельних та інших правових питань, а також виконання дій, від яких залежав кінцевий результат розгляду звернення[2]*.*

Подібний висновок Судова палата у кримінальних справах ВС зробила стосовно засудженого за ч. 3 ст. 368 КК головного державного інспектора з охорони праці відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Держгірпромнагляду у Запорізькій області. Засуджений в своїй адресованій до ВС заяві стверджував, що відповідно до покладених на нього обов'язків, визначених посадовою інструкцією, при реєстрації технологічного транспортного засобу він виконував суто технічні функції з підготовки документів і не був наділений владою та не використовував службове становище. Спростовуючи цю заяву, ВС зазначив, що суспільний поділ праці, обумовлений складністю, різноманітністю та кількістю роботи, передбачає, що жодна особа не може виконувати у повному обсязі усіх функцій органу державної влади та контролю. Тому між працівниками існує розподіл обов'язків, який визначається з урахуванням займаної посади та фіксується у посадовій інструкції, наказах про розподіл обов'язків, інших локальних актах. Те, що конкретний працівник виконує лише частину функцій органу, не означає, що він не діє від імені та в інтересах цього органу, не представляє його у стосунках з фізичними та юридичними особами. Виходячи з проведеного аналізу відповідної посадової інструкції, ВС зробив висновок про те, що повноваження, якими засуджений був наділений у зв'язку із займаною посадою та які він реалізував при реєстрації технологічного транспортного засобу, вступивши у стосунки з хабародавцем, не зводились до суто технічних – таких, як отримання документів, передача їх на розгляд та видача. Засуджений інспектор змістовно вирішував питання про можливість надання дозволу, оцінював по суті та за формою надані матеріали і приймав щодо них рішення. Той факт, що свідоцтво про реєстрацію технологічного транспортного засобу підписувалось начальником територіального управління Держгірпромнагляду, не змінює оцінки статусу цієї особи як службової, а, отже, її правильно засуджено за одержання хабара.[3]

---

[1] Постанова Судової палати у кримінальних справах ВС від 8 жовтня 2015 р. у справі №5-109кс15 (http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS150969.html).

[2] Постанова Судової палати у кримінальних справах ВС від 5 вересня 2013 р. у справі №5-28кс13 (http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636).

[3] Постанова Судової колегії у кримінальних справах ВС від 19 травня 2016 р. у справі №5-72кс15(16) (http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/00105D93E8F90765C2257FC300428F45).

Правильність викладеної позиції ВС викликає сумнів. Як видається, у цій справі ВС: а) проігнорував необхідність розмежування технічних і владних функцій службовців, залучених до процедури реєстрації технологічних транспортних засобів як владно-управлінської діяльності; б) ототожнив конкретні посадові обов'язки (функції) фізичної особи з функціями державного органу, а виконання зазначених обов'язків (функцій) – із представництвом інтересів державного органу. Якщо керуватись тим, що виконання частини обсягу функції державного органу тотожне виконанню цієї функції загалом, то це означає, наприклад, що секретарка, яка друкує текст владного рішення службової особи, також повинна вважатись службовою особою. Така логіка є неприйнятною. Оскільки засуджений відповідно до посадової інструкції розглядав заяви та необхідні документи для реєстрації технологічних транспортних засобів, готував (складав) і подавав на розгляд начальника територіального управління проекти документів про реєстрацію, то такі його дії не можуть розглядатись як владно-управлінські, а отже, засуджений інспектор не був представником влади. Останнім повинен визнаватись начальник територіального управління Держгірпромнагляду, уповноважений ухвалювати владні рішення за підсумками процедури реєстрації технологічних транспортних засобів. Крім цього, вплив засудженого інспектора на начальника управління з метою прийняття останнім владного рішення за підсумками згаданої процедури не був обумовлений як владно-управлінськими, так і організаційно-розпорядчими й адміністративно-господарськими повноваженнями.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом.

Дії особи, яка, отримуючи від потенційного надавача неправомірної вигоди майно нібито для передачі його суб'єкту злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 354, насправді має намір привласнити це майно, слід кваліфікувати як шахрайство (ст. 190). Потенційний надавач неправомірної вигоди в такій ситуації має нести відповідальність за спрямованістю умислу за закінчений замах на злочин, передбачений ч. 1 (ч. 2) ст. 354.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

Кваліфікуючими ознаками злочинів, передбачених частинами 1 і 3 ст. 354, є повторність і вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, а кваліфікуючими ознаками злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 – ще й поєднання його з вимаганням неправомірної вигоди.

Повторність відсутня при вчиненні продовжуваного злочину (див. ст. 32 КК).

Прикладами продовжуваного злочину як антиподу повторності можуть слугувати: одержання службовою особою неправомірної вигоди в декілька прийомів (етапів) за виконання (невиконання) дії з використанням службового становища; неодноразова пропозиція неправомірної вигоди службовій особі за виконання (невиконання) нею однієї й тієї ж дії з використанням службового становища.

Якщо в Особливій частині КК як кваліфікуючу ознаку передбачено повторність однорідних злочинів (як це й має місце у ст. 354, виходячи з ч. 4 примітки до ст. 354), то остаточна кримінально-правова оцінка вчиненого передбачає кваліфікацію декількох діянь не лише як повторності, а і як сукупності злочинів. Але вчинені в порядку реалізації єдиного злочинного наміру пропозиція (обіцянка) та надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції (обіцянки) та одержання неправомірної вигоди не утворюють ні повторності, ні сукупності злочинів.

Так, вирішуючи питання про дії особи, яка спочатку висловила пропозицію (обіцянку) неправомірної вигоди, а згодом (після згоди адресата) намагалася надати неправомірну вигоду, однак злочин у цій частині не був закінчений з причин, що не залежали від волі винного, слід виходити з того, що: а) посягання, передбачене ч. 1 ст. 354, є злочином з альтернативними діями; б) якщо винний послідовно вчиняє декілька дій, перерахованих у ч. 1 ст. 354, стосовно одного предмета, реалізуючи єдиний злочинний намір, то вчинене містить склад одного (одиничного) злочину, не утворюючи множинності. Відповідно, інкримінувати особі, яка спочатку висловила пропозицію (обіцянку) неправомірної вигоди, а згодом намагалась надати її належному адресату, ще й ст. 15 і ч. 1 ст. 354, означатиме штучне створення сукупності злочинів. Вказані дії мають кваліфікуватися як закінчений злочин за ч. 1 ст. 354 з урахуванням факту безуспішного надання неправомірної вигоди в межах такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65). Якщо ж пропозиція (обіцянка) та надання неправомірної вигоди не поєднувались єдиним злочинним наміром (наприклад, особа запропонувала вигоду одному працівнику підприємства і надала її іншому), то вчинене має розцінюватись як злочин, вчинений повторно.

Про вчинення злочину ***групою осіб за попередньою змовою*** див. ст. 28 КК.

Якщо об'єктивна сторона злочину характеризується декількома альтернативними діяннями (наприклад, ідеться про прийняття пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди, її одержання та прохання надати таку вигоду), то домовленість між учасниками групового злочину для інкримінування їм кваліфікуючої ознаки «за попередньою змовою групою осіб» має бути досягнута до початку вчинення першого з таких діянь.

При вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб щонайменше два співучасники повинні діяти як співвиконавці. Якщо одна особа надала неправомірну вигоду, а інша лише сприяла цьому, будучи пособником, то ця кваліфікуюча ознака злочину відсутня. Дії особи, яка надавала неправомірну вигоду, треба кваліфікувати за ч. 1 ст. 354 (за відсутності повторності), а дії особи, яка сприяла цьому, – за ч. 5 ст. 27, ч. 1 ст. 354 (як пособництво наданню неправомірної вигоди).

Співвиконавцями прийняття пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди, одержання неправомірної вигоди або прохання її надати можуть бути лише спеціальні суб'єкти відповідних

Відповідно, засуджений не мав підлягати кримінальній відповідальності за одержання службовою особою хабара за виконання чи невиконання дій, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу (див.: Задоя К.П. Суперечлива правова спадщина Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України // Право і громадянське суспільство. – 2016. – №1. – С. 59–63).

злочинів – «публічні» службові особи, службові особи юридичної особи приватного права, особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, або ж працівники підприємства, установи, організації, які не є службовими, особи, які працюють на користь підприємства, установи, організації. Проте, для кваліфікації вчиненого за частинами четвертими статей 354, 368, 368-3, 368-4 за ознакою групи осіб за попередньою змовою слід встановити зв'язок поведінки співвиконавців (учасників групи) з використанням, відповідно, становища, службового становища, повноважень. Адже така ознака основних складів, яка позначається словами за «вчинення або невчинення дій», є обов'язковою і для кваліфікованих складів злочинів.

У разі одержання неправомірної вигоди за попередньою змовою групою осіб злочин вважається закінченим з моменту одержання хоча б частини вигоди одним зі співвиконавців.

Якщо службова особа одержала неправомірну вигоду без попередньої змови з іншою службовою особою, а згодом передала останній цю неправомірну вигоду (або її частину), то інкримінування такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, виключається.

Якщо особи – спеціальні суб'єкти злочинів, передбачених *різними* статтями КК, діючи за попередньою змовою, приймають пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди, одержують її або просять надати неправомірну вигоду, то їхні дії не повинні кваліфікуватися за тими частинами статей КК, які передбачають відповідальність за вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб. Адже такі особи вчиняють різні злочини.

У п. 5 примітки до ст. 354 виокремлено дві форми ***вимагання*** як кваліфікуючої ознаки злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368-3, 368-4: 1) відкрита – вимога щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду; 2) завуальована – умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів. Таким чином, законодавче визначення вимагання «прив'язане» до можливостей, обумовлених спеціальним статусом спеціального суб'єкта.

Вимога неправомірної вигоди за відсутності ознак вимагання як кваліфікуючої ознаки, утворюючи склад основного злочину, за наявності підстав може розцінюватись як закінчений злочин – прохання надати неправомірну вигоду (ч. 3 ст. 354).

Завуальовану форму вимагання не слід називати пасивною – вона може реалізовуватись шляхом як дій, так і бездіяльності. Наприклад, службова особа може здійснювати вимагання неправомірної вигоди у своїх підлеглих шляхом створення для них важких, навіть нестерпних умов праці, змушуючи звільнятись з роботи тих, хто не бажає надавати неправомірну вигоду. Або службова особа вимагає надати фактично непотрібні численні документи, з чого громадянин робить висновок про те, що без надання неправомірної вигоди реалізувати належне йому за законом право не вдасться.

Проте, не виключені ситуації, коли саме бездіяльність особи (працівник, службова особа, службова особа юридичної особи приватного права, особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг; далі – належний суб'єкт) слугує спонукальним мотивом надання неправомірної вигоди. Не заявляючи відкрито погроз, належний суб'єкт тривалий час не виконує ті чи інші дії, які він може (повинен) здійснити з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища та в яких заінтересована особа – потенційний суб'єкт «активного» підкупу. Не виконуючи протягом тривалого часу певні дії (наприклад, не видаючи дозвільні документи, затягуючи перевірку), належний суб'єкт дає зрозуміти іншій особі, що та може добитись реалізації своїх прав і законних інтересів лише шляхом надання неправомірної вигоди.

Обов'язковою ознакою вимагання в завуальованій формі є його умисність, а тому для інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки потрібно встановити, що належний суб'єкт усвідомлював, що його поведінка ставить особу у відповідні умови, і бажав так вчиняти, маючи на меті одержання неправомірної вигоди. Ця суб'єктивна ознака дозволяє відмежувати завуальоване вимагання, зокрема, від випадків недбалого виконання суб'єктом своїх службових обов'язків. Очевидно, що вимагання неправомірної вигоди в завуальованій формі зовні може набувати вигляду прохання належного суб'єкта надати йому або третій особі таку вигоду – дії, що утворює основний склад злочину (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368), що, однак, не повинно виключати інкримінування аналізованої кваліфікуючої ознаки.

Традиційно в судовій практиці вимагання неправомірної вигоди (раніше – вимагання хабара) не вбачалось у випадках, коли під загрозу ставилися незаконні інтереси особи, у якої вимагали неправомірну вигоду.

На користь так званого вузького розуміння вимагання наводились такі аргументи: а) звичайною практикою захисту осіб, які надають неправомірні вигоди, є їх посилання на те, що вони вимушені надати вигоду під тиском з боку іншої особи. І широке розуміння вимагання стимулюватиме протиправну поведінку осіб, які шляхом надання неправомірних вигод намагатимуться реалізувати свої інтереси, що суперечать законодавству; б) посилення караності одержання неправомірної вигоди, поєднаного з вимаганням, пояснюється не лише особливим характером взаємовідносин між особою, яка надає вигоду, і належним суб'єктом як ініціатором таких взаємовідносин, а й тим, що злочин посягає на додатковий об'єкт – права й законні інтереси особи, для яких виникає загроза заподіяння їм шкоди; в) сприйняття широкого розуміння вимагання призвело б до зникнення в ньому основного компонента – вимушеності дій особи, яка надає неправомірну вигоду. Якщо така особа зацікавлена в неправомірній поведінці належного суб'єкта, намагається обійти закон, одержати незаконні пільги й переваги тощо, то доречно вести мову не про вимушеність, а про вигідність надання неправомірної вигоди.

Ідеться про задоволення таких незаконних прохань, як не складання поліцейським протоколу про допущене порушення правил дорожнього руху, видача листка тимчасової непрацездатності здоровому пацієнту, не відображення в акті ревізії фактично виявленої недостачі товарно-матеріальних цінностей, закриття кримінального провадження за відсутності законних до цього підстав тощо.

ВС, формулюючи правову позицію з розглядуваного питання, неодноразово і послідовно констатував, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена в провину за наявності трьох обов'язкових умов: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється або відкритою погрозою, або створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності небезпеки його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з вимогою; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця[1].

Тому вимагання виключається, якщо «хабародавець» зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності тощо. Законність інтересів, які «хабародавець» захищає шляхом давання «хабара», є однією із основних і обов'язкових ознак вимагання. Не може розглядатись як вимагання хабара погроза з боку «хабароодержувача» вчинити відносно «хабародавця» законні дії, хоча вони й зачіпають законні інтереси останнього.

При цьому в п. 5 примітки до ст. 354 вказівка на права та законні інтереси особи фігурує лише стосовно завуальованої форми і відсутня стосовно відкритої форми вимагання.

Інтерес того, хто надає неправомірну вигоду, коли погроза стосується вчинення діяння з використанням дискреційних повноважень належного суб'єкта, не суперечить законодавству, а тому є законним. Інакше кажучи, під законними інтересами при вимаганні неправомірної вигоди варто розуміти у т.ч. інтереси, які не суперечать законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням.

Вирішуючи питання про наявність або відсутність вимагання в ситуації з дискреційними повноваженнями одержувача неправомірної вигоди, слід брати до уваги, що діяння, вчиненням яких погрожує в цьому разі належний суб'єкт, не можуть визнаватися законними, хоча в разі їх здійснення цей суб'єкт формально не порушує конкретну правову норму. Адже діяння суб'єкта навіть у межах своєї компетенції, але які не засновані на службовій необхідності, а здійснюються з корисливих інтересів, не можуть бути визнані законними. У цьому разі також має місце поєднане з використанням службового становища (повноважень тощо) примушування іншої особи надати неправомірну вигоду шляхом погрози заподіяти шкоду правам чи законним інтересам особи.

Таким чином, вимога належного суб'єкта з погрозою використання дискреційних повноважень, ставлячи в небезпеку права і законні інтереси особи та означаючи погрозу вчинення незаконного діяння по службі, має розцінюватись як вимагання неправомірної вигоди[2].

---

[1] Див. постанови Судової палати у кримінальних справах ВС у справах: №5-14кс12 від 4 жовтня 2012 р.; №5-13кс13 від 23 травня 2013 р.; №5-14кс13 від 30 травня 2013 р.; №5-28 кс13 від 5 вересня 2013 р.; №5-43кс13 від 26 грудня 2013 р.; №5-19кс14 від 26 червня 2014 р.; №5-14кс15 від 28 травня 2015 р; від 21 січня 2016 р. у справі №5-124кс15; від 24 листопада 2016 р. у справі №5-149кс16.

[2] Див., зокрема, постанову Судової палати у кримінальних справах ВС у справі №5-19кс14 від 26 червня 2014 р.

Законодавчі формулювання (ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4) вказують на можливість поєднання вимагання неправомірної вигоди не лише з її одержанням, а і з прийняттям пропозиції або обіцянки такої вигоди. Проте, з визначення поняття вимагання неправомірної вигоди, якщо тлумачити п. 5 примітки до ст. 354 буквально, випливає, що особа, яка під впливом вимагання лише запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду, але ще її не надала, не може вважатись такою, щодо якої було вчинене вимагання. Про вимагання неправомірної вигоди можна говорити лише тоді, коли «реакцією» на відповідну вимогу є надання неправомірної вигоди, а не її пропозиція (обіцянка). Ця кваліфікуюча ознака має місце лише за наявності подальшого (після вимагання) фактичного одержання неправомірної вигоди

Чинні редакції ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4, які допускають поєднання вимагання неправомірної вигоди з іншими діями належного суб'єкта, треба тлумачити обмежувально: а) таке поєднання суперечить п. 5 примітки до ст. 354; б) суть вимагання не узгоджується з такими добровільними діями належного суб'єкта, як прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди, а тим більше прохання її надати.

Поведінка, яка розцінюється як вимагання, поряд з одержанням неправомірної вигоди за дії (бездіяльність) з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища, входить до об'єктивної сторони кваліфікованого складу злочину – одержання неправомірної вигоди, поєднаного з вимаганням. Відповідно, вимагання неправомірної вигоди, отримати яку суб'єкту не вдалося з причин, незалежних від його волі (не дивлячись на примус, особа неправомірну вигоду не надала), є не готуванням, а незакінченим замахом на одержання неправомірної вигоди, поєднаним з вимаганням, і має кваліфікуватися за ч. 3 ст. 15 і відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4.

Незаконна вимога оплати за надання медичної допомоги в державних чи комунальних закладах охорони здоров'я утворює склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 184.

Спеціальна підстава звільнення від кримінальної відповідальності.

На підставі ч. 5 ст. 354 особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, за певних умов підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2. Це звільнення не застосовується, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у ч. 4 ст. 18 КК (якщо у випадку «хабарництва», вчинюваного всередині країни, механізм діяльного каяття може сприяти розкриттю відповідного злочину і кримінальному переслідуванню публічних службових осіб, то у випадку підкупу іноземної службової особи немає гарантій того, що така особа підлягатиме кримінальному переслідуванню. У цьому разі такий механізм звільнення від кримінальної відповідальності є даремним: факт вчинення злочину може стати відомим, але правопорушники залишатимуться безкарними, а цілі правосуддя – нереалізованими).

У разі виконання вказаних у ній умов, передбачене нормою ч. 5 ст. 354 звільнення від кримінальної відповідальності є обов'язковим, а не дискреційним (див. ст. 44 КК).

Корупційні злочини, пов'язані з наданням та одержанням неправомірної вигоди, зазвичай носять прихований та узгоджувальний характер (обидві сторони зацікавлені в таємності та успішності злочинної угоди), а тому має бути створене законодавче підґрунтя для співпраці однієї зі сторін такої угоди з правоохоронними органами і розриву кругової поруки, яка об'єднує суб'єктів корупційних злочинів. У цьому й потрібно вбачати призначення норми ч. 5 ст. 354.

Із законодавчого формулювання «*особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду...*» випливає, що дія ч. 5 ст. 354 не поширюється на осіб, які: 1) вчиняючи злочини, передбачені статтями 354, 368-3, 368-4, 369-2, одержують неправомірну вигоду, приймають пропозицію (обіцянку) неправомірної вигоди або просять про її надання; 2) при вчиненні пропозиції, обіцянки або надання неправомірної вигоди є співучасниками – організаторами, підбурювачами чи пособниками (сказане не стосується співвиконавців).

Для того, щоб бути звільненою від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 354, особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, повинна ***добровільно*** (тобто з власної волі) заявити про те, що сталося, органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру. Добровільність заяви матиме місце й у разі, коли відповідна ініціатива (але не примус) виходить не від заявника, а від інших осіб (родичів, знайомих тощо).

З положень КПК (статті 22, 36, 38, 40, 276–279) випливає, що адресатами заяви є органи досудового розслідування і прокуратури. Відповідно, звернення з добровільною заявою до іншого державного органу, а також до органу місцевого самоврядування унеможливлює застосування ч. 5 ст. 354. Форма заяви в КК не уточнюється; відповідно, це може бути зроблено за допомогою телефону, пошти, телеграфу, шляхом особистого з'явлення до правоохоронних органів, передачі інформації про злочин за допомогою іншої особи (кур'єра) тощо. Причому заява про злочин має бути зроблена ***до отримання уповноваженим державним органом з інших джерел інформації*** про цей злочин, тобто КК указує і на певні часові межі.

Кінцевий момент добровільної заяви про вчинений злочин з погляду застосування ч. 5 ст. 354 має визначатись з урахуванням вимог ст. 214 КПК, яка регулює питання внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до ЄРДР. Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань затв. наказом ГП №139 від 6 квітня 2016 р. При цьому перебування особи за обставин, які об'єктивно перешкоджають їй своєчасно повідомити про вчинений нею злочин (природний катаклізм, вчинення щодо особи злочину та її тяжка хвороба тощо), не повинно виключати можливість звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354.

Традиційно в судовій практиці добровільність заяви того, хто надав неправомірну вигоду, про вчинений ним злочин пов'язувалась з різними мотивами (страх перед покаранням, помста, заздрість, незадоволення тим, що адресат неправомірної вигоди не виконав обіцяне, бажання викрити службову особу тощо), але в будь-якому разі не з тим, що про вчинене стало відомо правоохоронним органам. Згадування в ч. 5 ст. 354 про здійснення добровільної заяви про вчинений злочин до отримання уповноваженим державним органом інформації про цей злочин з інших джерел легалізує такий усталений правозастосовний підхід.

Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду службовій особі (іншому належному суб'єкту), щодо якої (якого) вже здійснюються слідчі або негласні слідчі (розшукові) дії, та яка після цього звертається до правоохоронного органу, упевнена в тому, що вона своєчасно заявила про вчинений нею злочин, навряд чи може розраховувати на звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354. Хоча в цій ситуації вбачається добровільність заяви про вчинений злочин, буквальне тлумачення аналізованої норми унеможливлює її застосування – через відсутність у цьому разі своєчасності відповідної заяви. Відповідно, суб'єктивне уявлення заявника про обізнаність або необізнаність уповноважених державних органів про скоєний ним злочин (те, наскільки сумлінно помилявся заявник із цього приводу) не має вирішального значення для застосування ч. 5 ст. 354, що, вочевидь, є її редакційною вадою.

Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду та розраховує на звільнення від кримінальної відповідальності, повинна також активно сприяти розкриттю злочину. Відповідна вимога ч. 5 ст. 354 зайвий раз спонукає особу демонструвати конкретною корисною поведінкою своє каяття у вчиненому, а це можна розглядати як ще один вагомий аргумент на користь звільнення її від кримінальної відповідальності (див. ст. 45 КК).

Звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 (за умови виконання передбачених нею умов) не виключається у випадку, коли належний суб'єкт відмовився одержати неправомірну вигоду, відхиливши відповідну пропозицію (обіцянку).

Звільнення особи від відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 не означає відсутності в її поведінці складу злочину та, як наслідок, права цієї особи на повернення їй неправомірної вигоди. Інша правова ситуація має місце в разі, коли особа, на адресу якої надійшло прохання чи вимога неправомірної вигоди, звертається до правоохоронного органу з метою викриття того, хто вчинив такі дії, а далі, уже за вказівкою цього органу, бере участь у проведенні відповідних негласних слідчих (розшукових) дій. У поведінці такої особи вбачається лише «імітація надання неправомірної вигоди», яка не містить складу злочину, передбаченого статтями 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2. Тому вона не звільняється від відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354, а не підлягає кримінальній відповідальності згідно з п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК (відсутність події кримінального правопорушення).

Розмежування з іншими складами злочинів.

За такою ознакою, як суб'єкт, каране за ст. 354 прийняття пропозиції, обіцянки або одержання чи прохання неправомірної вигоди треба відмежовувати від складів злочинів, передбачених статтями 368, 368-3, 368-4.

Зокрема, статтею 368 не охоплюються випадки одержання неправомірної вигоди особою, яка визнається службовою, за виконання (невиконання) нею таких дій, які, не будучи використанням службового становища, є її професійною діяльністю, позбавленою владного, організаційно-розпорядчого або адміністративно-господарського характеру. Вчинене в такій ситуації може кваліфікуватись за ст. 354.

> *Визнаючи обґрунтованим засудження начальника юридичного відділу райдержадміністрації за ст. 368 КК і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що останній одержав гроші не як хабар, а як плату за роботу юриста з використанням спеціальних професійних знань (за виготовлення проектної документації та її оформлення), ВС зазначив, що засуджений одержав саме хабар за використання своїх службових повноважень, а не плату за надання юридичних послуг. До кола службових повноважень начальника юридичного відділу належало погодження проектів розпоряджень із земельних та інших правових питань, а також виконання дій, від яких залежав кінцевий результат розгляду звернення (постанова Судової палати у кримінальних справах ВС від 5 вересня 2013 р. у справі №5-28кс13[1]).*

3.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 354 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Узагальнення судової практики свідчить про те, що у порівнянні зі злочинами, кримінальна відповідальність за які передбачена у статтях 368, 369, кількість виявлених фактів підкупів працівників підприємств, установ, організацій, які не є службовими особами або працюють на користь підприємства, установи, організації, є на декілька порядків меншою. Так, станом на липень 2018 р. у ЄДРСР розміщено за ст. 354 – 125 вироків судів, а за статтями 368 і 369 – 1814 вироків. Але результати опитувань громадян щодо проявів корупції, з якими вони стикалися, свідчить, що ці дані не відображають реальну кількість та співвідношення між цими злочинами.

Проведене узагальнення вироків судів за ст. 354 показало, що 86% з цих злочинів вчинені у медичній сфері та у сфері освіти, 12% у сфері надання послуг та спорту, 2% у сфері діяльності установ державної влади, місцевого самоврядування. У порівнянні із сумами грошових коштів, які виступали предметом неправомірної вигоди при вчиненні злочинів, передбачених статтями 368, 369, розміри неправомірної вигоди, які фігурують у більшості з них, можуть виглядати не суттєвими. Однак, останнє не має виступати як підстава для того, щоб правоохоронні органи приділяли менше уваги виявленню злочинів, передбачених ст. 354, ніж злочинів, кримінальна відповідальність за які визначена у статтях 368, 369. Ця так звана «дрібна корупція» чинить не менш негативний вплив на правосвідомість окремих громадян і суспільства в цілому, формуючи підґрунтя для толерантного сприйняття більш небезпечних проявів корупції як у власній поведінці, так і у поведінці інших осіб.

Суттєво ускладнює виявлення підкупів працівників підприємств, установ, організацій те, що ці злочини не відносяться до числа тяжких чи особливо тяжких. Відповідно, оперативні підрозділи не можуть застосовувати найбільш ефективні заходи та засоби оперативно-розшукової діяльності, передбачені у пунктах 2, 7–11, 17 ч. 1 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність». Так само й слідчі не можуть використати можливості аудіо-, відеоконтролю особи та спеціального слідчого експерименту та інших негласних слідчих (розшукових) дій, які є ключовими засобами документування подібних до підкупу працівників підприємств, установ, організацій за способами їх вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів, передбачених статтями 368 та 369.

Практика свідчить, що дані про злочини, передбачені ст. 354, стають відомими або в результаті здійснення оперативного пошуку з використанням дозволених Законом «Про оперативно-розшукову діяльність» заходів та засобів оперативно-розшукової діяльності з метою виявлення ознак невідомих фактів вчинення протиправних діянь у певній сфері життєдіяльності суспільства й осіб, які здійснюють їх готування, вчиняють або вчинили, або із заяв осіб, які повідомляють правоохоронні органи про такі факти.

---

[1] http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочинів, передбачених ст. 354 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

У такій ситуації оперативний підрозділ може одержати інформацію як про готування до вчинення, так і про вчинення злочинів, передбачених ст. 354. Найбільшу складність для подальшого досудового розслідування представляє те, що джерелом таких відомостей може бути особа, якій стало відомо про готування або вчинення злочину від інших осіб, і така особа не бажає писати заяву до правоохоронного органу про злочин, передбачений ст. 354, та в подальшому брати участь у кримінальному провадженні як свідка. У таких випадках співробітникам оперативного підрозділу необхідно здійснити дії, спрямовані на перевірку одержаної інформації.

Оптимальним для початку досудового розслідування є наявність особи, яка звернеться із **заявою про злочин**. Визначення як достатніх для внесення відомостей до ЄРДР даних про готування, вчинення цих злочинів має відбуватися у взаємодії оперативного підрозділу з прокурором та слідчим. Оперативним підрозділом мають бути отримані дані про осіб, які запропонували, пообіцяли та будуть надавати й одержувати неправомірну вигоду, зокрема, що остання є працівником підприємства, установи, організації і не є службовою особою або працює на користь підприємства, установи, організації, що дії, які вона має вчинити в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи, входять до кола її обов'язків, а також, що певна особа чи особи мають зустрітися з такою особою для передачі неправомірної вигоди. За наявності таких даних дії слідчого та співробітників оперативного підрозділу, спрямовані на притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчиняють ці злочини, можуть бути успішними. Важливу роль у цьому відіграє те, що за оперативною інформацією особа одержує неправомірну вигоду систематично, а також раптовість дій слідчого та співробітників оперативного підрозділу, завдяки чому особи, які надали та одержали неправомірну вигоду, можуть визнати свою провину у вчиненні злочинів, передбачених статтею 354, при їх затриманні.

На підставі даних, одержаних в результаті оперативно-розшукової діяльності, здійснюється **затримання** осіб одразу після надання та одержання неправомірної вигоди та їх особистий обшук.

Проводиться **обшук** місця, де може зберігатися предмет неправомірної вигоди та документи, які містять дані щодо обставин події цих злочинів. Рекомендується процес затримання та обшуку затриманих осіб фіксувати за допомогою аудіо-, відеозапису. Це дозволяє задокументувати первинні пояснення осіб, які вчинили злочин, щодо їх зустрічі, дій, які були вчинені, факту виявлення у працівника підприємства, установи, організації грошей інших матеріальних цінностей та джерела їх походження. Під час таких обшуків для доказування факту передавання особою предмету неправомірної вигоди та його одержання особою, яка є працівником підприємства, установи чи організації, необхідно виявляти та вилучати сліди пальців рук на поверхні грошових коштів інших матеріальних цінностей, щодо яких є підстави вважати, що вони є предметом неправомірної вигоди, та на їх упаковці.

Вилученню під час обшуків підлягають документи, які містять відомості про виконання працівником підприємства, установи чи організації дій в інтересах особи, яка надала неправомірну вигоду.

Після цього здійснюються **допити** як підозрюваних особи, яка надала неправомірну вигоду, та особи, яка її одержала, та обираються для них запобіжні заходи. Такі допити, зокрема у випадках, коли особи зізнаються у вчиненні злочину, рекомендується проводити з використанням аудіо-, відеозапису, щоб в подальшому нівелювати можливі заяви підозрюваних про те, що їхні показання були одержані з використанням психічного або фізичного насильства з боку слідчого, співробітників оперативного підрозділу.

Під час допиту підозрюваного, яким є особа, яка надала неправомірну вигоду, обов'язково мають бути з'ясовані питання щодо обставин висловлення пропозиції, обіцянки та надання неправомірної вигоди працівнику підприємства, установи, організації, обставин затримання цієї особи слідчим, проведення її особистого обшуку та обшуку приміщення, де був виявлений предмет неправомірної вигоди. Важливим є під час допиту такого підозрюваного одержати від нього підтвердження, що вилучені під час обшуку грошові кошти або інші матеріальні цінності були передані працівнику підприємства, установи, організації як предмет неправомірної вигоди.

Під час допиту особи, яка одержала неправомірну вигоду, з'ясовуються її функціональні

обов'язки, за яких обставин та від кого, за виконання чи невиконання нею яких саме дій, які входять до її функціональних обов'язків, коли і де була одержана неправомірна вигода та у чому вона полягала, які дії були вчинені чи навпаки не були вчинені цією особою, у яких документах це одержало своє відображення, де знаходяться ці документи, обставини затримання цієї особи, проведення її особистого обшуку та обшуку приміщення, у якому була надана неправомірна вигода тощо.

Проводяться **допити понятих**, які були присутні під час обшуків, як свідків для додаткового підтвердження їх результатів та дотримання вимог КПК.

Також має бути здійснений **тимчасовий доступ до документів** підприємства, установи, організації, які містять дані про призначення особи, яка одержала неправомірну вигоду, на посаду, її функціональні обов'язки, і, якщо під час обшуку вони не були вилучені, то до і документів, які відображають дії працівника підприємства, установи, організації на користь особи, щодо якої є достатні дані вважати, що вона надала йому неправомірну вигоду. Накладається **арешт** на вилучені під час обшуку, тимчасового доступу матеріальні об'єкти. Відбираються **зразки відбитків пальців рук** особи, яка надала та яка одержала неправомірну вигоду, та призначається дактилоскопічна експертиза.

На підставі зібраних у кримінальному провадженні доказів особам повідомляється змінена підозра у вчиненні ними злочинів, передбачених ст. 354.

2. Про обставини вчинення злочинів, передбачених ст. 354 КК, органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, стало відомо із заяви особи, яка добровільно повідомила про прийняття її пропозиції чи обіцянки або надання нею неправомірної вигоди.

Труднощі для перевірки на відповідність реальності даних про події злочинів, передбачених ст. 354, у цій ситуації випливають з того, що вони вже відбулися, свідків, які безпосередньо їх сприйняли, як правило, немає, і що предмет неправомірної вигоди може бути не виявлений та не вилучений.

Але зазначені обставини не мають сприйматися слідчим, прокурором як такі, що однозначно зумовлять не встановлення достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і тільки допитом заявника вичерпуються можливості їх отримати, що відповідно призведе до прийняття процесуального рішення про закриття кримінального провадження на підставі пункту 3 ч. 1 ст. 284 КПК.

По-перше, добровільне повідомлення особою правоохоронному органу, прокурору про вчинення нею протиправних дій, передбачених у частинах 1 або 2 ст. 354, тягне за собою притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності. Нормативні приписи ч. 5 ст. 354 передбачають підстави, а статей 285-289 КПК порядок звільнення від кримінальної відповідальності особи тільки після повідомлення їй про підозру у вчиненні злочинів, передбачених частиною 1 або 2 ст. 354. Відповідно, добровільне, свідоме прийняття рішення особою про повідомлення про вчинений нею злочин в умовах, коли про нього не відомо правоохоронному органу, прокурору, і розуміння негативних наслідків для неї, у зв'язку із притягненням та подальшим звільненням від кримінальної відповідальності, надає вагомості доказам, які містяться у показаннях цієї особи, значно мінімізує розумні сумніви при оцінці їх на предмет достовірності.

По-друге, активне сприяння розкриттю злочину, вчиненого особою, яка одержала неправомірну вигоду або прийняла її пропозицію чи обіцянку, виступає обов'язковою умовою для звільнення особи, яка запропонувала, пообіцяла та надала неправомірну вигоду, від кримінальної відповідальності. Це забезпечує як одержання детальних показань від цієї особи про обставини вчинення злочинів, передбачених ст. 354, так і документів, які знаходяться у неї, та містять інформацію щодо цих обставин, а також встановлення свідків, яким відомо зі слів підозрюваного про готування та вчинення цих злочинів.

Показання таких **свідків**, будучи залученими у кримінальне провадження в інтересах підозрюваного, забезпечують перевірку показань останнього. Здійснюється **тимчасовий доступ до документів** підприємства, установи, організації, які містять дані про факт зустрічі особи, яка надала неправомірну вигоду, та особи, яка її одержала, і вчинені нею дії, а за наявності для цього підстав **обшук** з метою їх вилучення.

Зміст цих документів має бути детально вивчений на предмет відповідності відображених у них дій та рішень вимогам чинного законодавства. Якщо будуть встановлені порушення, то їх

причини мають бути з'ясовані, зокрема, в контексті їхнього взаємозв'язку із можливим одержанням працівником підприємства, установи, організації неправомірної вигоди від особи, яка заявила про її пропозицію чи обіцянку та надання нею цьому працівнику неправомірної вигоди.

Спочатку здійснюється **повідомлення про підозру** особі, яка добровільно заявила про вчинення нею злочинів, передбачених у частинах 1 або 2 ст. 354, її допит. Як правило, як запобіжний захід обирається особисте зобов'язання. Але запобіжний захід такому підозрюваному може взагалі не обиратися. Тільки після перевірки його показань проведенням вказаних вище слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, за умови одержання достатньої сукупності доказів, здійснюється повідомлення про підозру працівнику підприємства, установи, організації у вчиненні злочинів, передбачених у частинах 3 або 4 ст. 354. Після цього прокурор на підставі положень ч. 5 ст. 354 повинен звернутися до суду із клопотанням про закриття кримінального провадження відносно особи, якій повідомлено про підозру у вчиненні злочинів, передбачених у частинах 1 або 2 ст. 354.

3. Про обставини вчинення злочину, передбаченого ч. 4 ст. 354 КК, стало відомо із заяви особи про вимагання у неї неправомірної вигоди.

Ця слідча ситуація є найбільш сприятливою для доказування факту вчинення таких злочинів. Одержання неправомірної вигоди працівником підприємства, установи, організації ще не відбулося і відповідно є можливість зафіксувати цю подію шляхом вилучення предмету неправомірної вигоди у працівника підприємства, установи, організації. Такому факту на практиці надається важливе значення у доказуванні події надання та одержання неправомірної вигоди.

Вносяться відомості про злочин, передбачений ч. 4 ст. 354, до ЄРДР. Особа, у якої вимагають неправомірну вигоду, у кримінальному провадженні визнається та допитується як **потерпілий.** Під час допиту підлягають з'ясуванню обставини, за яких відбулося вимагання у особи неправомірної вигоди працівником підприємства, установи, організації, зокрема, за вчинення чи не вчинення яких саме дій цією особою була висунута вимога надати неправомірну вигоду, що була визначена як її предмет, де та коли має бути він наданий працівнику підприємства, установи, організації.

Після надання неправомірної вигоди за вказівкою потерпілого на працівника підприємства, установи, організації, як на особу яка вчинила злочин, передбачений ч. 4 ст. 354, слідчий разом із співробітниками оперативного підрозділу здійснює **затримання** цієї особи в порядку ст. 208 КПК та її **особистий обшук**. Також проводиться як невідкладний **обшук місця,** де була передана неправомірна вигода. Після цього, відповідно до вимог ч. 3 ст. 233 КПК, слідчий за погодженням з прокурором звертається до слідчого судді для надання дозволу на проведення обшуку. Під час таких обшуків на підставі даних про ознаки предмету неправомірної вигоди, які повідомляються слідчому потерпілим після його передавання працівнику підприємства, установи, організації, він має бути виявлений та вилучений. Вилученню також підлягають документи, які можуть бути речовими доказами у кримінальному провадженні. На вилучені під час обшуків матеріальні об'єкти в подальшому накладається **арешт.** З поверхні предмету неправомірної вигоди, його упаковки під час обшуку вилучаються виявлені сліди пальців рук.

Після затримання підозрюваного здійснюється додатковий **допит потерпілого** щодо обставин передавання йому предмету неправомірної вигоди, його ознак, поведінки підозрюваного під час цього, як було здійснене затримання, тощо. Якщо потерпілому підозрюваний передав документи за надання неправомірної вигоди, і про це під час допиту заявив потерпілий, то вони разом після цього мають бути **оглянуті та вилучені**, а в подальшому на них накладається **арешт.**

Затриманій особі **повідомляють про підозру** та допитують її як підозрюваного щодо обставин подій вимагання та одержання неправомірної вигоди тощо. Здійснюється **тимчасовий доступ до документів** підприємства, установи, організації, які містять дані про призначення підозрюваного на посаду, його функціональні обов'язки, факт зустрічі особи, яка надала, та особи, яка одержала неправомірну вигоду, та вчинені нею дії, а за наявності для цього підстав – обшук з метою їх вилучення. Відбираються **зразки відбитків пальців рук** потерпілого та підозрюваного, призначається дактилоскопічна експертиза слідів, вилучених з поверхні предмету неправомірної вигоди, його упаковки. Можуть бути проведені й інші процесуальні дії, за результатами чого особі, яка вчинила злочин, передбачений ч. 4 ст. 354, повідомляється змінена підозра.

Ускладнюватися дії слідчого у слідчий ситуації, яка розглядається, може за рахунок одержання неправомірної вигоди через **посередника.** Тут дуже складно одержати точні дані про момент передавання предмету неправомірної вигоди працівнику підприємства, установи, організації. Як

вже зазначалось, слідчий не може скористатися арсеналом негласних слідчих (розшукових) дій, який йому доступний під час досудового розслідування тяжких чи особливо тяжких злочинів. Через це оптимальним є **затримання** як підозрюваного посередника одразу після одержання предмету неправомірної вигоди для забезпечення його вилучення під час проведення обшуку та використання в подальшому у доказуванні як речового доказу. Показання посередника про факт одержання ним неправомірної вигоди для працівника підприємства, установи, організації мають важливе значення для викриття останнього у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 354.

4. Про вчинення злочину, передбаченого ст. 354 КК, стало відомо під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій в іншому кримінальному провадженні.

Така ситуація є можливою під час досудового розслідування тяжкого чи особливо тяжкого злочину, щодо з'ясування обставин якого проводиться зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж чи аудіо-, відеоконтроль особи. Нормативні приписи ст. 257 КПК дозволяють використовувати у кримінальному провадженні результати негласних слідчих (розшукових) дій щодо іншого кримінального правопорушення.

Для цього слідчий за погодженням з прокурором звертається із клопотанням до слідчого судді щодо надання дозволу на **використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у іншому кримінальному провадженні.** Після одержання такого дозволу вносяться відомості про злочин, передбачений у ст. 354, до ЄРДР. З матеріалів негласної слідчої (розшукової) дії знімається гриф таємності. Вони долучаються до матеріалів цього кримінального провадження. Використовуючи інформацію про готування до надання та одержання неправомірної вигоди, слідчий разом зі співробітниками оперативного підрозділу здійснює **затримання** осіб одразу після вчинення цих дій. Подальша послідовність дій слідчого є аналогічною описаній для першої з виділених слідчих ситуацій.

3.3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК) *(В. Навроцький)*

Місце складів злочинів, передбачених ст. 368 КК, в системі «хабарництва».

Стаття 368 передбачає злочин, який традиційно відносили до одного з видів хабарництва. Зараз відповідних термінів КК не використовує (замінивши термін «хабар» терміном «неправомірна вигода»), проте таке явище та відповідна їй правова конструкція в КК збереглася. Йдеться про те, що злочини, які охоплюються поняттям «хабарництво» (включають дії «хабарника», «хабародавця», посередника між ними), утворюють так звану необхідну співучасть. Така правова конструкція передбачає, що:

- кримінальна відповідальність за один із цих злочинів може наставати лише за умови вчинення іншого посягання, що входить у таку співучасть (одержання неправомірної вигоди є лише тоді, коли має місце давання такої вигоди);

- ряд складів злочинів мають низку спільних ознаки – їх наявність щодо одного із складів злочинів означає їх наявність і щодо іншого складу злочину;

- окремі ознаки, які характеризують посягання одного з учасників «хабарництва», стають обов'язковими ознаками складу злочину іншого учасника. Йдеться, зокрема, про мету, що її переслідує «хабародавець» (вчинення діяння в його чи третіх осіб інтересах), яка водночас стає ознакою складу злочину, вчинюваного «хабарником»;

- терміни, які використовуються в диспозиціях відповідних статей КК, мають однаковий зміст (за винятком терміну «третя особа» у статтях 368 і 369, який означає різних за своїм правовим статусом осіб, про що буде сказано нижче);

- відсутність підстав притягнення до кримінальної відповідальності одного із учасників вказаної співучасті означає, що не підлягає відповідальності і інший учасник співучасті (відсутність спільної ознаки щодо одного із складів злочинів означає її відсутність і щодо іншої ознаки). Проте, звільнення від кримінальної відповідальності одного з учасників за специфічними підставами (наявність вимагання неправомірної вигоди, добровільне повідомлення про давання неправомірної вигоди) не призводить до звільнення від відповідальності іншого учасника.

Так чи інакше, про «хабарництво» можна вести мову лише тоді, коли є головна ланка в такій

правовій конструкції. А нею є саме одержання неправомірної вигоди та супутні діяння (прийняття пропозиції, обіцянки, прохання надати таку вигоду).

Склади злочинів, передбачені ст. 368 КК.

Стаття 368 складається з чотирьох частин. У ч. 1 цієї статті передбачений основний склад злочину, а в наступних частинах – кваліфіковані та особливо кваліфіковані склади цього ж злочину.

При цьому склади злочинів, передбачені частинами 2–4 ст. 368, містять усі обов'язкові ознаки основного складу злочину та одну чи кілька ознак, вказаних у цих частинах. Якщо встановлені одночасно ознаки, передбачені різними частинами статті, то скоєне підлягає кваліфікації за частиною статті, яка передбачає найтяжчий вид злочину. Проте, у формулюванні обвинувачення потрібно вказувати всі наявні кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки, а матеріалами провадження – доводити їх наявність. Водночас, однопорядкові ознаки, які характеризують розмір неправомірної вигоди (значний, великий чи особливо великий розмір) або важливість службового становища особи (відповідальне або особливо відповідальне) інкримінуються лише один раз. Іншими словами, особа не може бути обвинуваченою в одержанні неправомірної вигоди одночасно і у великому, і в особливо великому розмірі.

Обов'язкові ознаки складу злочину.

Основний склад прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди містить ознаки, вказані у диспозиції ч. 1 ст. 368 і в ч. 1 ст. 369 (яка передбачає злочин, що утворює необхідну співучасть з аналізованим посяганням) та випливають з положень Загальної частини КК.

Обов'язковими ознаками складу злочину, передбаченого ст. 368, вказаними у диспозиції ч. 1 цієї статті (конститутивними ознаками) є:

1) предмет – неправомірна вигода (предмет тотожний предмету злочину, передбаченого ст. 369);

2) діяння, яке є ознакою складу злочину та вчинюється щодо предмета. Воно може бути виконане альтернативно: а) прийняття пропозиції; б) прийняття обіцянки; в) одержання; г) прохання надати неправомірну вигоду для себе чи для третьої особи (діяння – крім останнього з вказаних, передбачають відповідну «дзеркальну» поведінку при вчинення посягання, передбаченого ст. 369);

3) суб'єкт – службова особа;

4) мета «хабарника» – одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи;

5) мета «хабародавця» – вчинення або невчинення дії службовою особою з використання наданої їй влади або службового становища в інтересах його самого або третьої особи.

Крім того, обов'язковими ознаками складу цього злочину є ті, необхідність яких випливає зі статей Загальної частини КК:

6) об'єкт;

7) загальні ознаки суб'єкта: а) статус службової особи; б) досягнення 16-річного віку (визначено з урахуванням ч. 2 ст. 22 КК); в) осудність;

8) вина.

У ч. 1 ст. 368, ч. 1 ст. 369 двічі вказується на «третю особу». Однак, аналіз диспозицій показує, що йдеться про різних осіб: одна із них – на стороні хабарника, неправомірна вигода може одержуватися для такої особи; інша – на стороні хабародавця, неправомірна вигода може надаватися в інтересах такої особи.

Об'єкт злочину.

В об'єкті цього злочину яскраво виявляється його юридична природа як необхідної співучасті «хабарника» та «хабародавця». Об'єкт порушується лише внаслідок їх сумісних діянь, він є єдиним для посягань, передбачених як ст. 368, так і ст. 369.

Цей злочин заподіює шкоду одночасно двом об'єктам: 1) суспільним відносинам з приводу використання влади, службового становища та пов'язаних з ними можливостей публічними службовими особами на засадах непідкупності (з отриманням оплати лише в установленому порядку) та неупередженості (виконання покладених функцій незалежно від підкупу з боку будь-яких осіб); 2) відносинам, які виникають у зв'язку з безпідставним протиправним збагаченням винного[1]. Тобто,

[1] Примітка наукового редактора. Виділення другого з цих об'єктів є особистою позицією автора, яку не підтримує науковий редактор: серед об'єктів, які охороняє КК (а вони названі в ст. 1, назвах розділів і статей Особливої частини тощо) немає такого, як

порушення цього об'єкта передбачає реалізацію інтересів як «хабародавця» (вчинення службовою особою дій в її особистих інтересах чи інтересах третіх осіб), так і «хабарника» (збагачення його особисто чи третіх осіб за його вибором).

Причому, порушення вказаних об'єктів має місце не лише тоді, коли ці інтереси фактично реалізовані – діяння службовою особою вчинене, відбулося протиправне збагачення. Диспозиція ч. 1 ст. 368 сформульована так, що фактичне вчинення дій ще не відбулося (неправомірна вигода дається *за вчинення дій*), а протиправне збагачення ще не має місце (відповідальність настає не лише у разі одержання неправомірної вигоди, а й при *намаганні її одержання внаслідок прийняття пропозиції, обіцянки, висловленні прохання* надати таку вигоду).

Двооб'єктність злочину, передбаченого ст. 368, означає, що коли посягання спрямоване лише на один із вказаних об'єктів, склад злочину відсутній. Так, з одного боку, коли має місце лише отримання неправомірної вигоди, не обумовлене вчиненням будь-яких дій в інтересах того, хто дає цю вигоду чи третіх осіб, то злочину, передбаченого ст. 368, немає, а може мати місце, наприклад, порушення встановлених законом обмежень щодо отримання подарунка (ст. 172-5 КУпАП). З іншого боку, якщо службова особа вчинила в інтересах іншої особи будь-які дії без підкупу (не обумовлені неправомірною вигодою), то такі дії можуть бути кваліфіковані за ст. 364 (чи статтями, які передбачають спеціальні види службових зловживань), або ж, за умови, що службова особа не допустила при цьому зловживань, взагалі є правомірними.

У площині визначення об'єкта «хабарництва» перебуває, головним чином, кримінально-правова кваліфікація ситуацій, за яких службова особа приймає неправомірну вигоду (або приймає пропозицію чи обіцянку такої вигоди):

- взагалі без наміру вчинити в інтересах «хабародавця» будь-яке діяння з використанням наданої влади чи службового становища. Тобто, допускає обман «хабародавця» щодо своїх подальших дій;

- внаслідок власного прохання про надання такої вигоди за дії, які вона не мала наміру вчинити. При цьому службова особа не лише допускає обман «хабародавця», а ще й виступає ініціатором його відповідної поведінки;

- за дії, які не перебувають у її компетенції, які вона не вправі вчиняти та які вона розраховує вчинити шляхом впливу на інших службових осіб.

Щодо кримінально-правової оцінки перелічених ситуацій в теорії кримінального права і на практиці ведуться гострі дискусії. Існує принаймні два підходи до кваліфікації скоєного за наведених обставин:

1) скоєне оцінюється як шахрайство з боку службової особи та замах на давання «хабара» з боку «хабародавця»;

2) скоєне кваліфікується як одержання «хабара».

ВС України не виробив чіткої та обґрунтованої позиції з вказаного питання – у його практиці є рішення, які базуються як на одному, такі на другому підході. Все ж, видається, останнім часом судова практика все більше схиляється до другого підходу.

Аргументи на користь того чи іншого вказаних варіантів кваліфікації наступні.

Таблиця 5. **Кваліфікація ситуацій, за яких службова особа приймає неправомірну вигоду.**

Кваліфікація скоєного як шахрайства за ст. 190 КК: аргументи	**Кваліфікація скоєного за ст. 368 КК: аргументи**
Службова особа застосовує обман.	Обман як спосіб заволодіння майном застосується саме з використанням службового статусу: не будучи службовою особою, суб'єкт не зміг би заволодіти чужим майном. Будь-який злочин у сфері службової діяльності, у т.ч. передбачений ст. 368, також може поєднуватися з обманом.

встановлений порядок збагачення. Такий порядок є не окремим об'єктом, а очевидно охоплюється тим об'єктом, про який автор пише вище і який можна визначити як порядок використання влади, службового становища та пов'язаних з ними можливостей публічними службовими особами на засадах непідкупності та неупередженості. Крім того, помилково говорити лише про «безпідставне протиправне збагачення винного», забуваючи про «третіх осіб».

Заподіюється шкода власності – зменшується маса майна, належного особі, яка дає «хабар», відбувається протиправне збагачення службової особи за рахунок майна «потерпілого».	Не заподіюється шкода законним інтересам особи, яка намагалася здійснити підкуп службової особи. Таку особу немає підстав вважати потерпілим лише тому, що їй не вдалося домогтися від службової особи бажаної поведінки у своїх чи третіх осіб інтересах.
Шкода нормальній діяльності апарату держави, органів місцевого самоврядування, підприємств з відповідною часткою державної власності не заподіюється, оскільки службова особа навіть не планувала вчиняти будь-які діяння з використанням свого статусу.	Порушуються суспільні відносини з приводу використання влади, службового становища та пов'язаних з ними можливостей публічними службовими особами на засадах непідкупності (з отриманням оплати лише в установленому порядку) та неупередженості (виконання покладених функцій незалежно від підкупу з боку будь-яких осіб).
	Порушуються суспільні відносин, які виникають у зв'язку з безпідставним протиправним збагаченням винного, – другий обов'язковий об'єкт злочину, передбаченого ст. 368.
	«Хабародавець», хоча йому і не вдалося досягти бажаного (відповідної поведінки службової особи), підлягає кримінальній відповідальності за підкуп службової особи (нехай і незакінчений з причин, не залежних від нього) за ст. 369. Діяння ж, передбачене ст. 369, перебуває у закономірному зв'язку з діянням, передбаченим ст. 368.
	Суб'єктивно «хабародавець» сприймає свої дії як давання неправомірної вигоди – дії, завдяки яким можна «вирішити» справу, досягти власних або третьої особи інтересів. «Хабарник» також суб'єктивно сприймає свою поведінку як злочинну, вчинену за наявності усіх ознак «хабарництва».
	Під кутом зору «хабарника» головне при використанні ним службового статусу – це не вчинення того чи іншого діяння за отриману вигоду, а, власне, отримання неправомірної вигоди. В аналізованій ситуації таке отримання вигоди наявне.
	Саме діяння, за вчинення якого одержується неправомірна вигода, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ст. 368 – його фактичне невчинення не впливає на відповідальність за цією статтею КК.

Очевидно, що перелік аргументів на користь того чи іншого варіанту рішення щодо кваліфікації одержання службовою особою неправомірної вигоди без наміру вчинення діяння чи коли виконання очікуваного «хабародавцем» діяння виявилося неможливим, далеко не вичерпний. Загалом же є підстави вважати, що доводи на користь кваліфікації скоєного як «хабарництва» за вказаних обставин є більш переконливими саме за рахунок їхньої вагомості та системності, а не просто тому, що вони переважають кількісно.

Якщо неправомірна вигода надається з «благими» намірами, в інтересах громади/держави тощо, то не можна стверджувати, що складу злочину немає. Адже в статтях 368, 369 йдеться про неправомірну вигоду за вчинення дії в інтересах як самого «хабародавця», так і третьої особи. При цьому не конкретизовано, якою саме має бути така третя особа. Тому є підстави вважати, що це може бути будь-який суб'єкт відносин – інша фізична особа, юридична особа, орган державного апарату чи місцевого самоврядування, навіть суспільство та держава в цілому.

Предмет злочину.

У ст. 368 предмет злочину названий як «неправомірна вигода». Точно така ж вказівка на предмет наведена і в ст. 369. Поняття ж неправомірної вигоди, яке поширюється на вказані та ряд інших статей Особливої частини КК, викладене у примітці до ст. 364-1; ідентичне поняття викладене і в п. 2 примітки до ст. 354. Таким чином, поняття неправомірної вигоди є так званим наскрізним – воно розуміється однаково в межах усього КК.

З вказаних приміток випливає, що законодавець дотримується широкого розуміння неправомірної вигоди як предмета відповідних злочинів – *наведений у них перелік видів вигоди відкритий (невичерпний)*, крім прямо вказаних цінностей, можуть бути такі, які відносяться до «іншого майна», «будь-яких інших вигод», тобто – будь-які. Цим чинний КК у цій частині нагадує відповідну статтю раніше діючого КК 1960 р., де йшлося про «хабар у будь-якому вигляді». Але в період дії КК 1960 р. і теорія, і правозастосовна практика твердо стояли на позиції, згідно з якою предметом хабара могли бути лише цінності матеріального характеру або ж оплатні послуги. Цінності та послуги нематеріального характеру (похвальний виступ у ЗМІ, вступ у статевий зв'язок тощо) таким предметом не визнавалися. Зараз же позиція законодавця, а слідом за ним теорії та практики змінилися – до неправомірної вигоди відносять блага і матеріальні, і нематеріальні. На це вказує і наявне у примітці до ст. 364-1 формулювання «будь-які інші вигоди нематеріального чи не грошового характеру».

По суті, у примітці до ст. 364-1, де визначене поняття неправомірної вигоди, вказана єдина ознака такого предмета – відсутність законних підстав на її одержання.

Аналіз правозастосовної практики, вивчення матеріалів опитування слідчих та детективів НАБУ, прокурорів САП показує, що якихось особливих труднощів зі з'ясуванням того, що саме слід розуміти під окремими видами цінностей (благ), які виступають предметом злочину, передбаченого ст. 368, не виникає. У кримінально-правовій літературі детально описані такі предмети, сутнісних спорів щодо їх розуміння не існує. Так само не виникає проблем при визначенні протиправності одержання (прийнятті пропозиції, обіцянки, висловленні прохання) неправомірної вигоди.

Виняток становлять хіба що положення, обумовлені наявністю в ст. 368 диференціації кримінальної відповідальності з врахуванням розміру (вартості) предмета цього злочину[1].

Таблиця 6. **Види неправомірної вигоди залежно від її розміру.**

Частина ст. 368 КК	Вид неправомірної вигоди (залежно від її розміру)	Критерії віднесення неправомірної вигоди до певного виду
Частина 1 ст. 368	У КК не названий. Пропонується іменувати – в істотному розмірі.	Не більше 100 нмдг2.
Частина 2 ст. 368	Значний розмір.	У 100 і більше разів перевищує нмдг.
Частина 3 ст. 368	Великий розмір.	У 200 і більше разів перевищує нмдг.
Частина 4 ст. 368	Особливо великий розмір.	У 500 і більше разів перевищує нмдг.

У зв'язку з наявними законодавчими формулюваннями виникають питання: 1) чи можуть предметом аналізованого злочину бути цінності, блага, вигоди, які не мають грошової оцінки і не можуть бути виражені у сумі, еквівалентній нмдг? 2) за якої мінімальної вартості неправомірної вигоди має наставати кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 368? 3) чи можна щодо цього посягання застосовувати поняття малозначності (ч. 2 ст. 11 КК)?

Відповідаючи на ці питання, слід враховувати таке. Поняття неправомірної вигоди, відповідальність за дії щодо якої охоплюються ч. 1 ст. 368, слід встановлювати з урахуванням того, що:

- у ч. 1 ст. 368 розмір неправомірної вигоди, за наявності якого повинна наставати кримінальна відповідальність, не названо, відповідно в п. 1 примітки до цієї статті його не визначено;
- існує неписане правило: «верхня межа простого виду злочину водночас є нижньою межею кваліфікованого виду цього ж злочину»;
- примітка до ст. 364-1 передбачає, що предметом відповідних злочинів може бути будь-яка вигода – як матеріального, так і нематеріального характеру;
- вартісні критерії розміру неправомірної вигоди встановлені лише для значного, великого та особливого її розмірів.

---

[1] Критерії для визначення розміру (вартості) предмета неправомірної вигоди вказані у примітці 1 до ст. 368 КК та стосуються такої вигоди у значному, великому та особливо великому розмірах.

[2] Розмір нмдг при кваліфікації хабарництва визначається з урахуванням положень, пункту 5 Підрозділу 1 Розділу XX, підпункту 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 розділу IV Податкового кодексу України та дорівнює 50 відсоткам розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом (Про державний бюджет України на відповідний рік) на 1 січня звітного податкового року. Станом на 2018 р. нмдг становить 881 грн. (50% від 1762 грн).

Тому є підстави вважати, що:

1) неправомірна вигода як предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368, може мати форму як благ (цінностей), що мають грошову оцінку, так і благ (цінностей), які такої оцінки не мають;

2) дії щодо благ (цінностей), які мають грошову оцінку, підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 368, за умови, що їхня вартість не перевищує 100 нмдг;

3) дії щодо благ (цінностей), які не мають грошової оцінки, підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 368 при будь-якій їх іншій цінності (історичній, мистецькій, культурній, релігійній тощо);

4) за частинами 2–4 ст. 368 кваліфікуються дії лише щодо благ (цінностей), які мають грошову оцінку. При цьому враховуються розміри, визначені у примітці до цієї статті КК.

У ч. 1 ст. 368 немає вказівки на мінімальну вартість предмета неправомірної вигоди, за якої настає кримінальна відповідальність. Водночас, за такі дії не передбачена адміністративна відповідальність чи якийсь інший вид юридичної відповідальності. Подекуди побутуюче міркування, що неправомірна вигода має місце тоді, коли її розмір перевищує дозволений законодавством розмір подарунка для службової особи[1], немає нічого спільного з правовою реальністю. Адже для «хабарництва» ключовим є отримання вигоди за вчинення чи не вчинення службовою особою певних дій, а подарунок – це лише вияв уваги, гостинності, вдячності, не пов'язаний зі службовою поведінкою обдарованого. Тому поширювати обмеження та дозволи щодо отримання службовим особами подарунків на відносини, які регламентуються ст. 368, немає найменших підстав. Відтак, не існує норм інших галузей права, перевищення розмірів, встановлених якими, можна було б вважати орієнтиром для визнання наявності кримінально-караного «хабарництва». Заборона на дії щодо одержання (прийняття пропозиції, обіцянки, прохання) є суто кримінально-правовою та абсолютною. Для держави та суспільства дії службової особи, яка «продалася» за неправомірну вигоду, є небезпечними, незалежно від розміру такої вигоди.

Це дає підставу для висновку, що мінімальна вартість предмета неправомірної вигоди кримінально-правового значення загалом значення не має. Відповідальність за ч. 1 ст. 368 має наставати при будь-якій найменшій вартості вказаного предмета, якщо лише це не дає підстав для визнання посягання малозначним.

Поняття ж малозначності (ч. 2 ст. 11 КК) є універсальним, і, загалом, може застосовуватися щодо будь-якого злочину, у т.ч. передбаченого ст. 368. Однак, малозначність у цьому випадку слід вбачати не в розмірі неправомірної вигоди, а в сукупності таких обставин: а) відсутність чи мінімальність впливу такої вигоди на службову поведінку (інакше кажучи, службова особа все одно вчинила б очікувану дію незалежно від неправомірної вигоди); б) дріб'язковості негативних наслідків діяння, вчиненого службовою особою за неправомірну вигоду.

Коли предметом неправомірної вигоди є: а) речі, вилучені з цивільного обороту чи б) викрадене майно, то їх одержання як «хабара» повністю не охоплюються ст. 368, а потребує додаткової кваліфікації за іншими статтями Особливої частини КК: у першому випадку належить інкримінувати ще й статті, які передбачають відповідальність за незаконне поводження з відповідними предметами – зброєю, наркотичними засобами (статті 263, 307, 309); одержання як предмета неправомірної вигоди предметів, раніше викрадених іншими особами, кваліфікується додатково за ст. 198.

Аналогічний підхід має застосовуватися при кваліфікації одержання як неправомірної вигоди майна, у вилученні якого з державних чи комунальних фондів брав участь сам «хабарник». Маються на увазі **поширені корупційні схеми, які полягають у «відкаті»** – сприянні «хабарником» у здійсненні розкрадання чужого майна (надання переваги на тендерах, укладання господарських договорів за завищеними цінами та отримання службовою особою частини безпідставно отриманих коштів як «вигоди») чи отриманні його як субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів, пільг по податках (дій, передбачених ст. 222) з наступним отриманням неправомірної вигоди за рахунок отриманих фінансових ресурсів.

---

[1] Частина 2 ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. №1700-VII передбачає, що відповідні службові особи можуть приймати подарунки, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність, крім випадків, передбачених частиною 1 цієї статті, якщо вартість таких подарунків не перевищує один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки. Водночас, ч. 1 цієї ж статті встановлює заборону для цих службових осіб безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб: 1) у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; 2) якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такої особи.

При цьому також можливі різноманітні ситуації:

- службова особа виступає пособником для інших осіб у заволодінні чужим майном (фінансовим ресурсами). При цьому, завдяки діям службової особи відбувається вилучення майна з державних чи комунальних фондів та переміщення їх на рахунки, контрольовані особами, які згодом «повертають» частину коштів службовій особі як плату за сприяння. У такому разі скоєне слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 368 та як співучасть у злочині, вчиненому особами, які заволоділи чужим майном (типово, це співучасть у злочині, передбаченому статтями 190 чи 191 або 222);

- інші особи допомагають службовій особі у вилученні чужого майна або заволодінні фінансовими ресурсами – виступають її пособниками. Зокрема, пособництво може полягати у наданні рахунку, на який будуть перераховані кошти, розкрадання яких здійснила службова особа. Неправомірна ж вигода надається службовій особі, оскільки вона дала можливість заволодіти чужими коштами цим іншим особам. При цьому виконавцем вилучення майна (фінансових ресурсів) є службова особа, яка за їх рахунок і отримує неправомірну вигоду. За таких обставин скоєне підлягає кваліфікації за відповідними частинами статей 191 або 222 та ст. 368;

- службова особа є учасником злочинної групи, що здійснює розкрадання або заволодіння фінансовими ресурсами, де виконує відведену роль з використанням можливостей займаної посади та отримує неправомірну вигоду. Тут теж має місце вчинення злочинів, передбачених відповідними частинами статей 191 або 222 та ст. 368. Якщо ж така група становить злочинну організацію, то потрібна кваліфікацію ще й за ст. 255.

В описаних ситуаціях кваліфікація за сукупністю не порушує принцип *non bis in idem* (не двічі за одне й те) та принципу недопустимості подвійного інкримінування, що випливає з нього. Адже, хоча посягання вчинюється щодо одного й того ж предмета, водночас, відбувається зміна правового статусу такого предмета, вчинюються різні дії (передбачені різними статтями Особливої частини КК), не ідентичними є наслідки (вони виходять за межі наслідків якогось одного із злочинів), відбувається порушення кількох об'єктів кримінально-правової охорони. Запропонована кваліфікація відповідає принципам повноти кримінально-правової кваліфікації, оскільки дозволяє охопити правовою оцінкою все скоєне особою та принципу її індивідуальності.

Для наявності складів злочинів, передбачених статтями 368, 369, не має значення, чи належить предмет неправомірної вигоди тому, хто її пропонує. Предмет неправомірної вигоди може належати як самому «хабародавцю», так і третій особі, в інтересах якої обіцяється, пропонується чи надається неправомірна вигода (фізичній або юридичній особі). Лише передача як неправомірної вигоди викраденого майна враховується при кваліфікації – додатково інкримінується ст. 198. Якщо отримання неправомірної вигоди поєднується з діями, завдяки яким майно вилучається з чужого володіння, то скоєне кваліфікується за сукупністю, наприклад, зі статтями 190, 191, 222.

Потерпілого від злочину, передбаченого ст. 368, немає, за винятком випадків вимагання неправомірної вигоди.

Об'єктивна сторона злочину.

Злочин, передбачений ст. 368, може бути вчинений шляхом виконання одного з чотирьох альтернативних діянь. Всі вони полягають у активній поведінці – дії, яка вчиняється щодо неправомірної вигоди. Аналогічні дії передбачено і у ч. 3 ст. 354, у п. 2 примітки до якої роз'яснено поняття двох таких дій – прийняття пропозиції та прийняття обіцянки, і відзначено, що це роз'яснення стосується також ст. 368. Зміст цих дій та їх відмінність одна від одної відображено у Таблиці 7.

Таблиця 7. **Відмінність між діями, передбаченими у ст. 368 КК.**

Назва дії	Зміст дії (у чому полягає)	Відмінність від суміжних дій
Прийняття пропозиції	Пункт 2 примітки до ст. 354: роз'яснено поняття «пропозиції» та «обіцянки». Прийняття пропозиції чи обіцянки передбачає поведінку, яка полягає у вираженні згоди на одержання неправомірної вигоди, не відхилення ініціативи «хабародавця», його запевнення в тому, що він може розраховувати на відповідну поведінку службової особи (прийняття вигоди та наступні дії чи бездіяльність в інтересах відповідних осіб).	Відмінність – лише у відсутності (щодо пропозиції) чи наявності (щодо обіцянки) конкретизації часу, місця, способу одержання (прийняття) неправомірної вигоди.
Прийняття обіцянки		

Одержання	Прийняття неправомірної вигоди особисто чи через посередників, прямо чи у завуальованій формі (під виглядом заробітної плати, виграшу в азартні ігри, оплати за цивільно-правовим договором тощо).	Становить кінцеву дію щодо «хабарництва», результат, на досягнення якого спрямована поведінка «хабарника». Прийняття пропозиції чи обіцянки є лише етапом одержання неправомірної вигоди.
Прохання надати	Пропозиція, що виходить від самого «хабарника», яка не пов'язана з погрозою заподіяння шкоди законним інтересам, відповідно, не досягає рівня вимагання. Найчастіше полягає в: а) «озвучуванні ціни», за яку службова особа готова виконати прохання і вчинити відповідне службове діяння; б) повідомленні про спосіб, в який прохач може «віддячити» службовій особі; в) інформуванні, що службова дія може бути вчинена лише після додаткової оплати службовій особі; г) зверненні надати вигоду взамін прискорення вчинення дії; д) повідомленні, наскільки дорожче обійдеться вирішення відповідного питання в офіційному порядку (оформлення дозволу, сплата штрафу в установленому порядку тощо). Прохання може бути як прямим, так і завуальованим (написання суми на папері, на екрані тощо).	Ініціатива щодо одержання неправомірної вигоди виходить від «хабарника» – на відміну від пропозиції чи обіцянки, що є ініціативою «хабародавця». Прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди, прохання її надати становить готування до одержання такої вигоди. Але, оскільки такі діяння вказані в диспозиції ст. 368 як ознаки складу злочину, то їх виконання становить закінчений злочин.

Обіцянка та пропозиція й їх прийняття вважаються закінченими злочинами з моменту доведення відповідної інформації до іншого адресата. Причому злочини, ознакою складу яких є такі дії, є закінченими від моменту виконання будь-якої дії, безвідносно до того, чи відбулася передача неправомірної вигоди та чи була досягнута бажана поведінка від службової особи.

Аналіз практики показує, що найбільші складнощі викликає проведення відмежування такої дії, як «прохання надати неправомірну вигоду» від «вимагання неправомірної вигоди», яка є кваліфікуючою ознакою. Детальніше про це буде сказано далі, при характеристиці кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак цього злочину.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом злочину є службова особа. Причому така, що відноситься до так званих «публічних службових осіб» (їх поняття дано при характеристиці злочину, передбаченого ст. 364).

Залежно від статусу – обсягу повноважень, рівня «важливості» службової особи, у КК здійснена **диференціація кримінальної відповідальності за ознакою суб'єкта** за прийняття публічною службовою особою пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди, її одержання або прохання. При цьому у ст. 368 передбачається відповідальність «звичайної» службової особи (частини 1 і 2 ст. 368) та посилення караності вказаних посягань у разі їх вчинення службовими особами, які займають відповідальне (ч. 3 ст. 368) або особливо відповідальне становище (ч. 4 ст. 368). Поняття відповідальних та особливо відповідальних службових осіб наведене у пунктах 2 і 3 примітки до ст. 368 шляхом виділення певних ознак. Такі особи:

1) відносяться до публічних службових осіб (тобто, підпадають під ознаки, вказані у п. 1 примітки до ст. 364);

2) займають відповідні посади – тобто мають місце трудові відносини працівника, який займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, з певною інституцією;

3) перебувають на державній службі чи службі в органах місцевого самоврядування або ж займають посади суддів, прокурорів та слідчих, або займають посади, вказані у переліку, передбаченому підпунктом 1 п. 3 примітки до ст. 368;

4) у разі перебування на державній службі або службі в органах місцевого самоврядування займають посади, належать до відповідних категорій («Б», «А», першої та другої) або ж є керівниками чи заступниками керівників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць.

Аналіз практики показує, що **встановлення виду службової особи** з урахуванням її статусу зазвичай не викликає труднощів, за винятком хіба що трьох аспектів:

1) чи слід враховувати розмір (масштаби, обсяг діяльності з урахуванням кількості підлеглих, території що обслуговується тощо) органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, відповідних управлінь, відділів, груп при визначенні наявності або відсутності відповідального, особливо відповідального становища відповідних працівників? Відповідь на це питання має бути негативною – голова сільської ради, очільник сектора з двох працівників відповідно до закону – це відповідний керівник, а, отже, займає відповідальне становище;

2) чи наявне відповідальне становище в осіб, які не займають штатних посад, проте фактично вирішують вкрай важливі питання? Це, зокрема, голови, заступники голів, секретарі постійних депутатських комісій місцевих рад, керівники політичних партій та інших громадських організацій, особи, «наближені» до керівників держави чи місцевих територіальних громад. Однак, відповідальний чи особливо відповідальний статус, згідно з КК, безпосередньо пов'язується не з обсягом (важливістю, значимістю) повноважень, а з формальним моментом – зайняттям певної посади. Тому вказані особи, будучи публічними службовими особами і суб'єктами простого складу аналізованого злочину, тим не менше, не можуть бути віднесені до таких, які займають відповідальне становище;

3) у КК є низка статей, які містять ознаки, що повністю або частково збігаються з ознаками прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою або ж прохання надати таку вигоду. Причому саме ознака суб'єкта є у вирішальній мірі розмежувальною. То як провести відмежування злочину, передбаченого ст. 368, від суміжних посягань за суб'єктом?

Таблиця 8. **Співвідношення злочину, передбаченого ст. 368 КК, з суміжними злочинами за ознаками суб'єкта.**

Стаття (частина статті) КК, яка передбачає суміжний склад злочину	**Вид суб'єкта**	**Ознаки суміжних складів злочинів, що збігаються**	**Ознаки, за якими проводиться розмежування злочину зі злочином, передбаченим ст. 368 КК**
Частини 3, 4 ст. 354	Працівник підприємства, установи, організації, який не є службовою особою; особа, яка працює на користь підприємства, установи, організації.	Діяння, предмет: прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, а також прохання надати таку вигоду.	1) суб'єкт (особа, яка не має статусу службової); 2) характер дії, за вчинення чи невчинення якої надається неправомірна вигода (використання статусу, який не є службовим).
Незаконне збагачення (у разі нової криміналізації цього діяння після 26 лютого 2019 р.)	Особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.	Діяння: набуття у власність активів, законність яких не підтверджена доказами.	1) суб'єктом є не всі публічні службові особи, а лише наділені спеціальними функціями; 2) одержання вигоди не обумовлене вчиненням дії в інтересах того, хто її надає, чи третьої особи; 3) перелік (види) дій.
Частини 2, 3 ст. 368-3	Службова особа юридичної особи приватного права.	Діяння, предмет: прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди.	1) суб'єкт («приватна» службова особа); 2) види дії – не передбачено прохання неправомірної вигоди; 3) характер дії, за вчинення чи невчинення якої надається неправомірна вигода (використання статусу «приватної» службової особи).

Частини 3, 4 ст. 368-4	Особа, яка надає публічні послуги.	Діяння, предмет: прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, а також прохання надати таку вигоду.	1) суб'єкт (особа, яка не має статусу службової, проте надає публічні послуги); 2) характер дії, за вчинення чи невчинення якої надається неправомірна вигода (використання статусу особи, яка надає публічні послуги).

З вказаних формулювань, які використовує законодавець для позначення суб'єктів відповідних злочинів, видно, що поняття, які характеризують суб'єкта інших видів злочинів, що полягають в одержанні неправомірної вигоди, та поняття публічної службової особи (як суб'єкта за ст. 368), можуть перебувати у таких співвідношеннях:

1) виключати одне одного (публічна службова особа та працівник, який не є службовою особою, службова особа юридичної особи приватного права);

2) загального та спеціального (публічна службова особа та особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування). Однак, це не є співвідношення у чистому вигляді, оскільки склади відповідних злочинів характеризуються ще й рядом додаткових ознак, які передбачають відповідні посягання (на цьому детальніше зупинимося далі);

3) частини і цілого – взаємно перекриватися. Йдеться про ситуації, коли особа реалізує повноваження, характерні для публічних службових осіб, зокрема владні, і водночас виконує професійні функції, пов'язані з наданням публічних послуг. При цьому:

- особи, які надають публічні послуги, мають з публічними службовими особами однакові чи близькі функції, проте не наділені «посадовою ознакою» службової особи – не займають відповідних посад чи не виконують функції за спеціальним повноваженням, характерним для публічних службових осіб;

- виділення в ст. 368-4 посягань осіб, які надають публічні послуги, вказує на те, що законодавець охопив цією статтею і виконання ними повноважень, характерних для публічних службових осіб;

- публічні службові особи в законному порядку не можуть надавати публічні послуги, підкуп щодо яких охоплюється ст. 368-4.

З врахуванням викладеного можна стверджувати, що виникаючі питання конкуренції слід вирішувати з врахуванням загальновизнаних правил – на користь статей, які передбачають спеціальну норму та норму про «ціле» (яка охоплює все посягання, а не його частину).

Чи можливо кваліфікувати дії особи за ст. 368, у разі, якщо особа, яка займає особливо відповідальне становище, використовує свій авторитет та береться за виконання завдань, виконання яких прямо не входить до кола її обов'язків? Відповідь має бути ствердною. Адже в ст. 368 йдеться про дію, вчинення бо невчинення якої можливе *з використанням* наданої влади або службового становища, а не про дію, вчинювану *в межах* повноважень (компетенції). Поняття використання влади або службового становища розкривається у цій книзі при характеристиці злочину, передбаченого ст. 364. Там підкреслено, що використання влади або становища службової особи не обмежується вчиненням лише дій, які входять до кола обов'язків, а може полягати також у використанні авторитету займаної посади.

Суб'єктивна сторона злочину.

У диспозиції ст. 368 вказівка на вину відсутня, вона не відноситься до конституюючих ознак відповідного складу злочину. Проте, не викликає сумніву, що вина є обов'язковою ознакою прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службової особи, а також прохання надати таку вигоду, та що вина полягає у прямому умислі.

Наявність прямого умислу доводиться шляхом встановлення щодо конкретного факту ознак, вказаних у ч. 2 ст. 24. Оскільки, як загальновідомо, думки та бажання особи не доступні для безпосереднього сприйняття, а власне визнання особи у демократичній правовій системі не є «царицею доказів», то умисел може бути доведений через аналіз фактичних обставин справи. Важливо при цьому враховувати, що аналізований злочин є складовою «хабарництва» як необхідної сукупності злочинів. Тому умисел щодо злочинів, передбачених ст. 368 та ст. 369, становить поєднання усвідомлення, передбачення, бажання як «хабарника», так і «хабародавця».

Важливим для розуміння змісту ознак умислу щодо «хабарництва» є наступне:

- і «хабарник», і «хабародавець» усвідомлюють характер своїх дій як протиправних, заборонених і законом, і суспільною мораллю (не зважаючи та те, що індивідуальна чи групова мораль не осуджує таких дій);

- і «хабарник», і «хабародавець» розуміють, що перший не має ані дійсного, ані гаданого права на вигоду, знають, що не вправі вчиняти з нею дій, вказаних у статтях 368, 369;

- обидва усвідомлюють зв'язок між проханням про дію, яка має бути вчинена або не вчинена службовою особою, та неправомірною вигодою;

- обидва сприймають предмет посягання саме як цінність, розуміють зацікавленість «хабарника» в її отриманні, можуть визначити її матеріальну та нематеріальну вартість;

- «хабародавець» вважає, що він вчинює відповідні дії саме з публічною службовою особою, а «хабарник» – що його сприймають як таку особу, розраховують на використання ним наданої влади чи службового становища внаслідок підкупу;

- і «хабародавець», і «хабарник» вже на момент вчинення хоча б однієї із дій, вказаних у статтях 368, 369, передбачають її наслідки. Хоча у ст. 368 вони й не названі (прийнято казати, що такі наслідки перебувають поза межами складу злочину, не є обов'язковими для встановлення для наявності повного складу цього злочину), все ж існують і становлять шкоду об'єкту посягання. Тому обидві сторони передбачають і порушення нормальної діяльності апарату держави чи органів місцевого самоврядування, підрив засади непідкупності публічних службових осіб, і порушення принципів розподілу благ у суспільстві;

- і «хабародавець» і «хабарник», усвідомлюючи небезпеку вчинених діянь та передбачаючи їх наслідки, розуміючи неминучість їх настання та все одно вчинюючи відповідні посягання, бажають настання вказаних наслідків.

У цілому все це свідчить про наявність прямого умислу.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

У частинах 2, 3, 4 ст. 368 передбачена відповідальність за відповідні діяння, вчинені за наявності однієї чи кількох ознак, які підвищують небезпеку вчиненого. Як і щодо інших злочинів, кваліфікований чи особливо кваліфікований види цього злочину передбачають наявність: а) усіх ознак простого (основного) складу цього ж злочину; б) однієї чи кількох кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак, прямо названих у відповідних частинах ст. 368.

Частина з цих ознак вже аналізувалася вище (значний, великий та особливо великий розмір неправомірної вигоди, відповідальне та особливо відповідальна становище службової особи як суб'єкта цього злочину).

Ознака, що відображає вчинення діяння «***за попередньою змовою групою осіб***» розуміється у правозастосовній практиці достатньо однозначно. Якихось особливих труднощів та помилок при кваліфікації групового «хабарництва» не виявлено. Якщо вони і є, то обумовлені неправильним чи неповним встановленням фактичних обставин, а не різночитанням тексту КК.

Водночас, іншою є ситуація з розумінням кваліфікуючої ознаки, яка відображає передбачене ст. 368 посягання, ***поєднане з вимаганням неправомірної вигоди.*** Поширені повсюдні помилки. Чи не в усіх випадках, коли ініціатива в одержанні неправомірної вигоди походить від службової особи, інкримінується вимагання неправомірної вигоди. Хоча для цього далеко не завжди є підстави. Зокрема, вимагання неправомірної вигоди на практиці вбачають у ситуаціях, за яких публічна службова особа:

- повідомляє «ціну питання», тобто доводить інформацію про те, за яку вигоду вона готова виконати прохання;

- розказує про складнощі у вирішенні питання, за розв'язанням якого звернувся прохач, та інформує, що вона готова докластися до їх подолання за певну вигоду;

- скаржиться на матеріальні та інші труднощі особистого характеру чи які стосуються діяльності установи, підрозділу, у якому працює, пропонує долучитися до подолання цих труднощів;

- розповідає про необхідність «стимулювання» до виконання своїх обов'язків інших працівників, які будуть брати участь у вирішенні питання, та виражає готовність передати кошти;

- затягує розгляд питання під приводом бажаності оплати за вчинення службових дій.

Перелік ситуацій, коли публічна службова особа сама виражає готовність і бажання отримати

неправомірну вигоду, звісно, далеко не вичерпний. Однак, далеко не завжди при цьому має місце вимагання неправомірної вигоди. Закон, поряд з поняттям «вимагання неправомірної вигода», використовує і словосполучення «прохання надати таку вигоду». Ключовим при розрізненні цих понять є наявність/відсутність погрози заподіяння шкоди законним інтересам «хабародавця». На практиці часто, навіть переважно, вимагання вбачають і за наявності лише прохання надати неправомірну вигоду.

Корінь непорозумінь захований у не дуже вдалій редакції п. 5 примітки до ст. 354, де міститься поняття вимагання неправомірної вигоди, яке поширюється і на ст. 368. У існуючому законодавчому визначенні виділяються дві його форми: 1) вимога про надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень влади, службового становища щодо особи, яка надає неправомірну вигоду; 2) умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду.

При тому, що неправомірна вигода має надаватися з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів, йдеться лише щодо цієї другої форми вимагання. У зв'язку з цим виникає питання, чи стосується така загроза законним правам та інтересам обох форм вимагання неправомірної вигоди чи лише другої з них. Поєднане з цим питання – чи становить вимагання (у першій формі) відповідна вимога під погрозою вчинення правомірних дій – притягнути до відповідальності, відмовити у наданні субсидії, на яку заявник не має права тощо.

Існують **дві позиції** щодо поставленого питання і можуть бути висунуті такі аргументи.

Таблиця 9. **Аргументи на користь різних позицій щодо тлумачення вимагання неправомірної вигоди.**

Перша форма вимагання не пов'язана з погрозою вчинення незаконних дій та можливістю заподіяння шкоди законним правам та інтересам особи	**Загроза законним правам та інтересам стосується обох форм вимагання неправомірної вигоди**
У п. 5 примітки до ст. 354 не сказано, що пряма вимога неправомірної вигоди має бути пов'язана з заподіянням шкоди законним права та інтересам особи, від якої вимагається така вигода.	Водночас, з цієї примітки не випливає і протилежна позиція. Можливим є трактування, що мета запобігання шкідливим наслідкам щодо законних прав та інтересів стосується обох форм вимагання.
У раніше чинному законодавчому визначенні вимагання (п. 4 примітки до ст. 368) була вказівка про погрозу вчинення незаконних дій. Зараз такої вказівки немає. Отже, це позиція законодавця («пізніший закон»), спрямована на посилення протидії вимаганням неправомірної вигоди.	Це явна помилка законодавця. З урахуванням загального рівня законодавчої техніки, законодавчі формулювання зовсім не обов'язково відображають якусь позицію.
	Існують десятилітні традиції теорії та правозастосовної практики, коли поняття вимагання трактувалося як дія, поєднана з погрозою незаконної поведінки службової особи.
	У ст. 368 передбачена відповідальність за прохання надати неправомірну вигоду. Існує єдина відмінність між поняттями «прохання» та «вимагання» такої вигоди: прохання має місце щодо правомірних дій, вимагання – поєднане з вчиненням неправомірних дій та погрозою законним правам та інтересам особи.
	Слова «прохання» та «вимагання» при зовнішній схожості їх змісту насправді виражають протилежні поняття. Щодо інших складів злочинів вимагання – це однозначно заборонена поведінка.

Більш переконливими є аргументи на користь другої позиції. Таким чином, є підстави вважати, що обидві форми вимагання неправомірної вигоди передбачають загрозу законним інтересам особи і пов'язані з погрозою вчинення службовою особою незаконних дій.

Розмежування з іншими складами злочинів.

1. Як потрібно кваліфікувати фактичне одержання неправомірної вигоди, в результаті якого відбувається **незаконне збагачення**? Переважаючим на сьогодні є підхід, згідно з яким скоєне кваліфікується лише за ст. 368. При цьому додаткова кваліфікація ще й як незаконне збагачення вважається неприйнятною, оскільки це порушує принцип *non bis in idem.* Стаття КК про незаконне збагачення (у разі її прийняття після 26 лютого 2019 р.) зможе застосовуватися лише тоді, коли не встановлено наявність ознак складу злочину, передбаченого ст. 368 чи іншого складу злочину, вчинення якого потягло незаконне збагачення. Прихильники такого підходу опираються на розуміння незаконного збагачення як «допоміжного» складу злочину, який застосується тоді, коли неможливо довести «хабарництво» чи інший склад злочину, та стверджують, що така ідея закладена у Конвенції ООН проти корупції 2003 р. (ратифікована Законом №251-V від 18.10.2006 р.)[1]. Як зазначається у Керівництві для законодавчих органів щодо імплементації Конвенції (абз. 296 ст. 99), у такому випадку провадження може бути розпочате на основі принципу *prima facie*[2].

2. За якими ознаками слід здійснювати відмежування підбурювання до надання неправомірної вигоди від зловживання впливом та шахрайства? Зокрема, як кваліфікувати дії зловмисника, який в розмові з особою, яка надає неправомірну вигоду, фактично підбурює її до надання неправомірної вигоди (можливо вимагає) суб'єкту, але фактично має намір вирішити питання особи, що надала неправомірну вигоду шляхом зловживання впливом? Як кваліфікувати дії зловмисника, який в розмові з особою, яка надає неправомірну вигоду, фактично підбурює її до надання неправомірної вигоди (можливо вимагає) суб'єкту, але фактично рішення вже прийнято, проте про нього не відомо особі, що надає неправомірну вигоду? При цьому особа, яка підбурювала, не вживала жодних активних дій в напрямку вирішення питання особи, що надає неправомірну вигоду.

В описаних ситуаціях має місце підбурювання до давання неправомірної вигоди. Саме «вирішення питання» знаходиться поза межами складів злочинів, передбачених як статтями 368–369, так і ст. 369-2. Тому шлях, яким винний буде його «вирішувати» (або й взагалі «не вирішувати»), не має кримінально-правового значення, не становить жодну з обов'язкових ознак складів вказаних злочинів. Вчинення або невчинення дій службовою особою, яка може сама їх виконати, або ж особою, щодо якої обіцяється здійснити вплив, не є ознакою вказаних складів злочинів. Тому і на кваліфікацію відповідна поведінка не впливає. Скоєне (стосовно умов запитання) у будь-якому разі має кваліфікуватися як підбурювання до злочину, передбаченого ст. 368.

Інші складні питання кваліфікації.

1. Нерозривне поєднання посягань, які становлять «хабарництво», яскраво виявляється у тому, що мета дій «хабародавця» стає частиною ознак складу злочину, який вчинює «хабарник». Це наглядно видно хоча б у тому, що більшу частину тексту диспозиції ч. 1 ст. 368 становить описання того, за що саме дається чи має даватися неправомірна вигода. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, а також її прохання є своєрідним відгуком на те, щоб задовольнити прагнення «хабародавця».

Відповідною метою, як випливає з диспозиції ч. 1 ст. 368, є використання наданої службовій особі влади або службового становища для вчинення або невчинення дії в інтересах «хабародавця» або третьої особи[3]. Інакше кажучи – купівля можливостей службової особи задля вчинення бажаної для «хабародавця» дії чи бездіяльності. Для поведінки, до якої спонукається службова особа, характерні наступні ознаки:

- вона нерозривно пов'язана з неправомірною вигодою. Таку вигоду дають саме за відповідну поведінку службової особи. Існує причиновий зв'язок в ланцюгу: неправомірна вигода (прийняття її

---

[1] Детальніше див: Імплементація європейських стандартів запобігання та боротьби з корупцією в національне законодавство : навч. – метод. матеріали / Б. О. Костенко, А. В. Кухарук ; уклад. Т. А. Саченко. – К. : НАДУ, 2013. – 60 с.

[2] Термін prima facie використовується в сучасній юридичній англійській мові для позначення того, що при первинному розгляді існує достатньо підтверджуючих доказів, які підтримують справу.

[3] У ст. 168 КК 1960 р. ця ознака була вказана ще більш чітко, оскільки йшлося про вчинення за хабар будь-якої дії з використанням наданої влади чи посадового становища. Хоча чинний КК у ч. 1 ст. 368 не використовує такого формулювання, не викликає сумніву, що дія або бездіяльність, за які надається неправомірна вигода, нерозривно пов'язані зі службовим статусом «хабарника».

пропозиції, обіцянки, прохання чи одержання) – використання службового становища «хабарником» – вчинення діяння. Якщо надання вигоди не пов'язане з вчиненням службовою особою діяння, обумовленого її службовим статусом, то скоєне не може кваліфікуватися за ст. 368 – такі дії можуть становити незаконне збагачення, порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків (ст. 172-5 КУпАП) чи розглядатися як правомірне діяння;

- сама дія, яка повинна бути вчинена чи не вчинена за неправомірну вигоду, не є ознакою складу злочину, передбаченого ст. 368. У цій статті йдеться не про фактичне вчинення певного діяння, а про вигоду за вчинення чи невчинення дії. Відповідно, коли має місце та чи інша поведінка службової особи, то вона підлягає самостійній кримінально-правовій оцінці;

- поведінка службової особи, обумовлена неправомірною вигодою, може бути як активною (вчинення дії), так і пасивною (полягати в бездіяльності – невчиненні тієї дії, яку службова особа повинна була і могла виконати);

- діяння службової особи може бути як правомірним (вчиненим у межах повноважень, які використовуються в інтересах служби), так і протиправним. Якщо за неправомірну вигоду виконується злочинне діяння, то скоєне належить кваліфікувати за сукупністю – за ст. 368 та статтею (статтями) Особливої частини, які передбачають відповідальність за посягання, виконане внаслідок підкупу;

- співвідношення у часі між діяннями, які є ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 368, та поведінкою службової особи, обумовленою неправомірною вигодою, може бути принаймні таких типів: а) «хабар-підкуп» – спочатку одержується неправомірна вигода, приймається пропозиція чи обіцянка такої вигоди, висловлюється прохання надати вигоду, а вже потім виконується обумовлена дія чи має місце утримання від неї; б) «хабар-подяка» – спочатку виконується дія, а потім має місце одержання неправомірної вигоди. Очевидно, що при цьому малоймовірними чи взагалі немислимими є прийняття пропозиції, обіцянки. Проте, може мати місце прохання «віддячити» за вже вчинену дію чи бездіяльність; в) «хабар на всяк випадок» – передавання неправомірної вигоди за майбутнє «заступництво», коли у ньому виникне потреба;

- службова особа за неправомірну вигоду «зобов'язується» вчинити діяння, яке обумовлене її загальним службовим становищем, а не лише наявними повноваженнями, власною службовою компетенцією. Тобто, прийняття обіцянки, пропозиції, прохання та одержання неправомірної вигоди може мати місце за вчинення діяння, яке: а) вправі вчинити службова особа особисто, діючи в межах повноважень; б) ця особа може вчинити з виходом за межі власних повноважень; в) може бути виконане з використанням можливостей колегіального органу, членом якого є «хабарник»;

- водночас не охоплюється ст. 368 прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за діяння, яке ця службова особа може вчинити лише здійснивши вплив на інших осіб, оскільки воно: а) перебуває у компетенції іншої службової особи свого відомства; б) підвідомче службовій особі іншого органу; в) може бути вчинене з використанням повноважень вищестоящої службової особи; г) для виконання якого потрібне рішення колегіального органу, а для його прийняття потрібно здійснити вплив на інших членів колегіального органу (як такого, членом якого є «хабарник», так і того, до складу якого він не входить). Такі дії кваліфікуються за ч. 2 ст. 369-2 як зловживання впливом.

2. Чи може у разі кваліфікації дій осіб за статтями 368, 369 значний часовий проміжок між домовленостями (наприклад, озвучили, які дії треба вчинити, і лише через два-три місяці сказали, що за це нададуть неправомірну вигоду) свідчити про відсутність причинно-наслідкового зв'язку?

Щодо злочинів, передбачених статтями 368, 369, недоречно говорити про причиновий зв'язок. Такий зв'язок – це об'єктивна ознака злочинів з матеріальним складом, яка характеризує зв'язок між діянням та наслідками. У складах «хабарництва» наслідки не є обов'язковою ознакою складів злочинів, тому і причиновий зв'язок не є такою ознакою (його немає з чим встановлювати).

Склади вказаних злочинів передбачають таку ознаку, яка характеризує мету дій «хабародавця» (за що, власне, він обіцяє, пропонує або дає неправомірну вигоду) та, водночас, мету «хабарника» – отримання неправомірної вигоди під обіцянкою вчинення або невчинення бажаних для хабародавця дій. Це означає наявність не об'єктивно існуючого причинового зв'язку, а суб'єктивного зв'язку між вказаними особами.

Розрив у часі (не лише тижні чи місяці, а навіть і роки) сам по собі не свідчить про відсутність такого зв'язку. Важливо лише з'ясувати, чи «хабарник» пам'ятає, за яку саме дію йому обіцяна вигода, в чиїх інтересах має вчинятися дія тощо, а якщо дія вчинена (не вчинена), то чи є зв'язок між

нею та пропонованою, обіцяною або наданою вигодою. Коли дія все одно була б вчинена службовою особою безвідносно до поведінки «хабародавця», то склад злочину, передбаченого ст. 368, відсутній.

3. У чому полягає прохання неправомірної вигоди і чим воно відрізняється від вимагання? Яке значення має ініціатива?

Прохання – це усне, письмове, шляхом жестів чи конклюдентних дій звертання публічної службової особи до іншої особи з метою спонукати до надання неправомірної вигоди за вчинення або не вчинення дії з використанням наданої їй влади або службового становища. Іншими словами, це ініціатива щодо «хабарництва», яка походить від службової особи. Відмінність від вимагання полягає у тому, що прохання не супроводжується погрозою вчинення незаконних дій (заподіяння шкоди законним правам та інтересам) у разі відмови можливого «хабародавця».

4. За якою статтею КК слід кваліфікувати дії керівника – 191 чи 368 – у разі вимагання керівником державного органу від підлеглих повернення йому частини виплаченої у вигляді премій грошової вигоди (при цьому, керівник не погрожує звільненням чи іншими негативними наслідками для підлеглих, хоча вони усвідомлюють, що у разі непогодження на пропозицію керівника, такі наслідки можуть настати)?

Кваліфікація залежить від того, чи були законні підстави для виплати премій.

Варіант 1: премії працівникам виплачені обґрунтовано і з дотриманням встановленого порядку. У такому разі «розкрадання» відсутнє і скоєне не може кваліфікуватися за ст. 191. Одержання керівником від підлеглих частини коштів, виплачених як премії, може кваліфікуватися за ст. 368 за умови, що взамін цей керівник мав вчинити якісь дії в інтересах працівників з використанням свого службового становища (наприклад, виплачувати премії і в подальшому).

Вимагання неправомірної вигоди в описаній ситуації відсутнє, оскільки дії керівника не супроводжуються погрозою заподіяння шкоди законним правам та інтересам працівників чи створенням умов, коли вони вимушені надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкоди своїм законним правам та інтересам. Припущення працівників про те, що «такі наслідки можуть настати», не дає підстави оцінювати скоєне як вимагання неправомірної вигоди – обвинувачення має ґрунтуватися не на припущеннях, а на фактах.

Якщо ж повернення премій не обумовлене відповідною поведінкою керівника (вчиненням ним дій в інтересах працівника), то має місце зловживання службовим становищем і скоєне кваліфікується за ст. 364.

Варіант 2: підстав для виплати премій не було. Це означає, що під приводом виплати незаслужених премій відбулося заволодіння чужим майном (коштами) шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ст. 191). Керівник є виконавцем цього злочину, а працівники – співвиконавцями, злочин вчинено за попередньою змовою групою осіб. Наступні пропозиції керівника повернути частину спільно викраденого та фактичне одержання ним частини виплачених (викрадених) коштів самостійного кримінально-правового значення не мають та окремо не кваліфікуються – ці дії становлять розпорядження предметом вже раніше вчиненого злочину.

5. Як кваліфікувати дії особи, яка внаслідок примусу змушена виступати посередником у схемі одержання неправомірної вигоди службовою особою?

Кваліфікувати вказані дії слід на основі положень, викладених у ст. 40 КК.

Варіант 1: мав місце фізичний примус, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками. Інакше кажучи, примус настільки сильний, що особа за власною волею не може вчиняти тілорухи, він для особи є нездоланною силою. У такому разі дії не є злочином, кримінальна відповідальність не настає. Таку ситуацію щодо посередництва у схемі одержання неправомірної вигоди уявити вкрай важко.

Варіант 2: мав місце психічний примус, зокрема, погрози різного змісту, характеру, обсягу (застосувати насильство щодо близьких, знищити майно, звільнити з роботи, поширити відомості, які ганьблять особу, тощо). Тоді (як і при фізичному примусі, за якого особа ще зберігала можливість керувати своїми діями), питання про кримінальну відповідальність вирішується відповідно до положень ст. 39 КК, тобто про крайню необхідність.

Виходячи з описаної ситуації щодо посередництва у схемі одержання неправомірної вигоди службовою особою, навряд чи може мати місце умова крайньої необхідності, яка полягає у тому, що небезпеку (від участі у корупційному посяганні) не можна було усунути іншими засобами. Навіть відсутність реакції конкретного органу досудового розслідування, до якого звертався такий посередник, не виключає можливості його звернення до інших органів (наприклад, до органів прокуратури).

3.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 368 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Практика розслідування злочинів, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 368, свідчить про те, що найбільш складними у доказуванні їх обставин є прийняття пропозиції, обіцянки, прохання надати, вимагання неправомірної вигоди. Причиною цього є те, що у більшості випадків про факт вчинення таких протиправних дій правоохоронним органам стає відомо постфактум від особи, яка повідомляє про них.

Комунікативна взаємодія між службовою особою та особою, яка пропонує, обіцяє неправомірну вигоду чи якій службова особа висловила прохання надати таку вигоду або вимагала її відбувається в умовах приватного спілкування, а службові особи, які займають відповідальне чи особливо відповідальне становище, як правило, намагаються ще й уникнути прямих контактів з особами, з якими обговорюються питання щодо одержання неправомірної вигоди, тобто здійснюють це через одного чи декількох посередників.

Все це формує проблеми доказування вчинення вказаних протиправних дій, передбачених ст. 368, без документування факту одержання неправомірної вигоди службовою особою, тому що, наприклад, з одного боку, будуть показання особи, яка повідомила про факт прийняття пропозиції (обіцянки, прохання надати, вимагання неправомірної вигоди) конкретною службовою особою, а з іншого – цієї службової особи, яка його заперечує, і прямих доказів, які спростовують заперечення службової особи щодо вчинення нею вказаних протиправних дій, як правило, одержати неможливо.

Наведене формує умови для застосування при оцінці зібраних доказів презумпції невинуватості та подальшого закриття кримінального провадження. Тому, раціональним є документування в рамках кримінального провадження факту одержання службовою особою неправомірної вигоди в обумовленій з її надавачем формі при одержанні правоохоронним органом даних про факт прийняття пропозиції (обіцянки, прохання надати, вимагання) неправомірної вигоди конкретною службовою особою напряму або через посередника (-ків). Цей факт буде підтвердженням попередньо вчинених дій із прийняття пропозиції (обіцянки, прохання надати, вимагання) неправомірної вигоди із застосуванням об'єктивних засобів фіксування обставин події злочину у кримінальному провадженні (аудіо-, відеозапису) під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Ускладнювати документування факту одержання неправомірної вигоди може встановлення службовою особою невеликого проміжку часу (наприклад, один-два дні) для надання їй особою предмету неправомірної вигоди, після вичерпання якого неправомірну вигоду від цієї особи вона приймати не буде. Можливість таких дій злочинців, які розраховують на те, що через обмеженість в часі на надання неправомірної вигоди не задокументують їх протиправну діяльність, зумовлює необхідність відпрацювання у правоохоронному органі готовності у взаємодії слідчого з оперативним підрозділом та прокурором здійснювати комплекс слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій з прийняттям та оформленням відповідних процесуальних рішень та інших процесуальних документів у таких ситуаціях.

При розслідуванні прийняття пропозиції (обіцянки, прохання надати, вимагання) та одержання неправомірної вигоди, які вчиняє особа, що займає відповідальне чи особливо відповідальне становище (суддя, керівник правоохоронного або іншого органу державної влади тощо), виникають суттєві **ризики витоку інформації** про здійснення як оперативно-розшукових заходів, так і негласних слідчих (розшукових) дій. Це вимагає вжиття додаткових заходів, спрямованих на запобігання тому, що службовій особі стане відомо про документування її протиправної діяльності (наприклад, звернення із клопотаннями щодо надання дозволів на проведення негласних слідчих (розшукових) дій до слідчого судді, вказаного у ч. 2 ст. 247 КПК, розслідування злочину слідчим (групою слідчих) із залученням співробітників оперативного підрозділу з правоохоронного органу вищого рівня, проведення негласних слідчих (розшукових) дій в порядку ст. 250 КПК та обшуку в порядку ч. 3 ст. 233 КПК тощо).

Слід звернути увагу на те, що злочини, передбачені у ч. 1 ст. 368, відносяться до категорії середньої тяжкості, і, відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК, здійснити їх документування проведенням негласних слідчих (розшукових) дій неможливо. Труднощі у доказуванні факту одержання службовою особою неправомірної вигоди виникають і в ситуаціях, коли про його факт правоохоронним

органам стає відомо після того, як він відбувся. Але ці обставини не мають сприйматися слідчим/детективом, прокурором, як такі, що взагалі унеможливлюють його доказування. Сприяє виявленню та доказуванню обставин прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди передбачена у ч. 5 ст. 354 можливість звільнити особу, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, якщо після цих дій вона – до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, – добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особою, яка одержала неправомірну вигоду або прийняла її пропозицію чи обіцянку.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 368 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Оперативно-розшукова діяльність щодо злочинів, кримінальна відповідальність за які передбачена ст. 368, розпочинається у ситуаціях, коли правоохоронний орган одержав відомості про факт готування до вчинення чи осіб, які готуються до вчинення цих злочинів, із джерел, визначених у ч. 2 ст. 6 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність». Метою здійснення оперативно-розшукових заходів у такій ситуації є документування дій, спрямованих на готування до вчинення злочину. Коли факт такого готування буде підтверджений, оперативно-розшукові заходи мають бути припинені. Їх матеріали слід передати прокурору для вирішення питання про початок досудового розслідування та можливість їх використання у кримінальному провадженні як документів джерел доказів (абзац другий ч. 2 ст. 99 КПК).

Така ситуація може мати два різновиди: перший – коли одержані відомості дозволяють використати негласних штатних чи позаштатних працівників для документування протиправної діяльності службової особи, спрямованої на одержання неправомірної вигоди; другий – коли немає можливості використати конфіденційне співробітництво і в подальшому у кримінальному провадженні відбувається документування протиправної діяльності особи, яка надає, та службової особи, яка одержує неправомірну вигоду, у т.ч. посередників.

Основними оперативно-розшуковими заходами, здійсненням яких можна одержати відомості про готування до вчинення цих злочинів та використати їх результати в подальшому у кримінальному провадженні, є зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, аудіо-, відеоконтроль службової особи, інших осіб, щодо яких є дані про їх причетність до готування, вчинення злочинів, передбачених статтею 368.

Також може бути здійснене обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (службовий кабінет службової особи чи інші приміщення, або володіння особи, у яких може відбуватися узгодження дій по вчиненню злочинів, передбачених статтею 368, тощо) для виявлення та фіксації документів, що мають значення для подальшого досудового розслідування, встановлення засобів аудіо-, відеоконтролю особи. При цьому слідчий, керівник органу досудового розслідування та прокурор мають бути в обов'язковому порядку залучені до планування, координації здійснення оперативно-розшукових заходів по оперативно-розшуковій справі, зокрема, для визначення моменту припинення ОРД та своєчасного початку кримінального провадження.

Є особливості здійснення ОРД щодо злочинів, які підпадають під ознаки ч. 1 ст. 368. Через те, що це злочини середньої тяжкості, відповідно до ч. 3 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність», оперативні підрозділи обмежені у своїй діяльності з їх виявлення тільки заходами, передбаченими у пунктах 1, 4–6, 12–16, 18–20 ч. 1 ст. 8 цього Закону.

Після внесення відомостей до ЄРДР про відповідний злочин, передбачений ст. 368, через великий обсяг процесуальних та інших дій, які необхідно буде здійснити для одержання доказів у цій та у наведених нижче слідчих ситуаціях, керівником органу досудового розслідування обов'язково має бути створена слідча група, а керівником органу прокуратури визначена група прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у кримінальному провадженні.

У випадках реалізації даних, одержаних щодо готування до вчинення злочину, особливо злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368, важливим є використання фактору раптовості, завдяки якому несподіваність дій співробітників оперативного підрозділу та слідчого для осіб, які його вчинили, може сприяти визнанню ними своєї вини. Слідчий разом зі співробітниками оперативного підрозділу, використовуючи дані, одержані в результаті конфіденційного співробітництва тощо, здійснюють

затримання службової особи як підозрюваної, а у випадках попереднього не звернення до правоохоронних органів особи, яка надала неправомірну вигоду, то і її, та здійснюють їх **особистий обшук.**

Проводиться **обшук місця,** де зберігається предмет неправомірної вигоди. Якщо місце передачі неправомірної вигоди не збігається з місцем її зберігання і немає необхідності здійснення пошукових дій, характерних для обшуку, то проводиться слідчий **огляд місця** одержання неправомірної вигоди.

Після цього здійснюються **допити** службової особи та особи, яка надала неправомірну вигоду. Під час такого допиту підозрюваного, який рекомендується здійснювати з використанням відеозапису, мають бути з'ясовані питання щодо посади, яку займає особа, яка одержала неправомірну вигоду, її службові обов'язки, за яких обставин та від кого, за виконання чи невиконання нею яких саме дій, які входять до її службових обов'язків, коли і де була одержана неправомірна вигода та в чому вона полягала, які дії були вчинені чи навпаки не були вчинені службовою особою, у яких документах це одержало своє відображення, де знаходяться ці документи тощо.

Вирішується питання щодо обрання **запобіжного заходу** підозрюваному.

Здійснюється **тимчасовий доступ до документів**, які підтверджують, що особа є службовою особою на момент вчинення злочину, її службові обов'язки. Якщо одержання неправомірної вигоди пов'язане із забезпеченням безперешкодного здійснення господарської чи іншої діяльності, то здійснюється тимчасовий доступ або, за наявності для цього підстав, **обшук** з метою вилучення документів, які містять відомості про прийняття управлінського рішення, здійснення фінансово-господарських операцій, тощо, у зв'язку з якими службова особа одержала неправомірну вигоду. Здійснюються **допити** як свідків понятих, які були присутні під час вилучення предмета неправомірної вигоди у службової особи, обшуку житла чи іншого володіння службової особи, а також безпосереднього керівника службової особи – щодо службових обов'язків підозрюваного, осіб, яким відомі обставини прийняття службовою особою управлінських чи інших рішень, здійснення фінансово-господарських операцій або інших дій щодо яких була висловлена пропозиція, надана обіцянка, прохання надати неправомірну вигоду службовій особі.

Якщо в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів одержані дані про готування до вчинення злочину, який підпадає під ознаки, передбачені у частинах 2–4 ст. 368, то організовується здійснення **тактичної операції «Документування одержання неправомірної вигоди службовою особою».** В результаті її здійснення можуть бути одержані фактичні дані, матеріальні об'єкти, дослідження яких може забезпечити виявлення фактів вчинення службовою особою інших корупційних злочинів. Оптимальною для проведення такої операції є ситуація, коли є можливість використати негласних штатних чи позаштатних працівників при проведенні контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту. При цьому їх використання не повинно призвести до провокації злочину. До складу цієї операції в таких умовах можуть включатися:

- спеціальне утворення підприємства (установи, організації) та спеціальне виготовлення речей, документів, які необхідні для звернення до службової особи;
- помітка предмету неправомірної вигоди для спеціального слідчого експерименту;
- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю службової особи (посередника), коли є дані про їх використання для готування та вчинення злочинів, передбачених частинами 2–4 ст. 368;
- аудіо-, відеоконтроль особи, який проводиться разом зі спеціальним слідчим експериментом, для фіксування спілкування між службовою особою (посередником) та особою, яка надає неправомірну вигоду, щодо узгодження умов надання-одержання неправомірної вигоди та факту одержання службовою особою неправомірної вигоди. А якщо службовою особою використовується посередник, то аудіо-, відеоконтролем особи можна задокументувати факт передачі посередником службовій особі неправомірної вигоди, коли є можливість його провести;
- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування між службовою особою та посередником, посередником та особою, яка надає неправомірну вигоду;
- спеціальний слідчий експеримент, під час якого здійснюється контроль за наданням-одержанням предмету неправомірної вигоди посередником, службовою особою;
- спостереження за посередником та службовою особою для фіксування контактів між ними до, після одержання неправомірної вигоди при передачі її службовій особі;
- затримання посередника, службової особи в порядку ст. 208 КПК та їх обшук. Від правильності

визначення моменту затримання посередника та службової особи прямо залежить перспективність доказування провини останньої у одержанні неправомірної вигоди. Слідчий має приймати рішення щодо затримання тільки тоді, коли під час негласних слідчих (розшукових) дій зафіксовані достатні дані про отримання посередником предмету неправомірної вигоди саме для службової особи. У випадках, коли неправомірна вигода передається через посередника частинами, оптимальним є дочекатися моменту передавання службовій особі хоча б однієї частини предмету неправомірної вигоди;

- обшук місця надання-одержання неправомірної вигоди та осіб, які в ньому знаходяться. Під час такого обшуку вилучається предмет неправомірної вигоди, мобільні термінали зв'язку, документи, у яких зафіксовані дії службової особи та особи, яка надавала неправомірну вигоду. Якщо не використовувалась спеціальна хімічна речовина для помітки предмету неправомірної вигоди мають вилучатися сліди пальців рук, а за можливості сліди ДНК з нього для подальшої ідентифікації по них осіб, які вчинили злочин;

- обшук житла чи іншого володіння (автотранспортних засобів, дач тощо) посередника, службової особи, а за наявності для цього підстав житла чи іншого володіння близьких, родичів цих осіб, з метою вилучення грошових коштів та інших матеріальних цінностей, які могли бути передані ним службовою особою чи посередником, після одержання неправомірної вигоди;

- слідчий огляд місця надання-одержання неправомірної вигоди, якщо воно не збігається з місцем зберігання неправомірної вигоди;

- освідування посередника, службової особи для фіксування та вилучення з їх тіл, одягу слідів спеціальної хімічної речовини, якщо нею був помічений предмет неправомірної вигоди;

- повідомлення особі (особам) про підозру;

- допит особи (осіб) як підозрюваної;

- обрання запобіжного заходу підозрюваному;

- звернення із клопотаннями у визначеному законодавством порядку щодо відсторонення від посади службової особи;

- накладення арешту на вилучений під час обшуку предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти, зокрема, для забезпечення вирішення в подальшому питання щодо їх конфіскації чи спеціальної конфіскації;

- дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів під час проведених негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 266 КПК);

- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності та процесуальних рішень, протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- допит як свідків осіб, які брали участь у при проведенні відповідних негласних слідчих (розшукових) та слідчих (розшукових) дій, пов'язаних зі спеціальним слідчим експериментом, зокрема, в порядку, передбаченому ст. 225 КПК;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК, голосу службової особи, посередника, особи, яка надала неправомірну вигоду, для проведення відповідно дактилоскопічної, ДНК та фоноскопічної експертизи;

- призначення хімічної експертизи для ідентифікації слідів спеціальної хімічної речовини, якою був оброблений предмет неправомірної вигоди, зі слідами цієї речовини на змивах з тіла, одягу посередника, службової особи, дактилоскопічної експертизи, для ідентифікації слідів пальців рук особи, яка надала неправомірну вигоду, виявлених на предметі неправомірної вигоди, та слідів пальців рук службової особи, посередника, ДНК експертизи для ідентифікації цих осіб за слідами ДНК, виявленими на предметі неправомірної вигоди, техніко-криміналістичної експертизи документів на предмет справжності грошей, що виступали предметом неправомірної вигоди, фоноскопічної експертизи, для ідентифікації осіб за голосом, який зафіксований на аудіо-, відеозаписах, одержаних в результаті зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж чи під час аудіо-, відеоконтролю особи, лінгвістичної експертизи матеріалів аудіо-, відеозапису, для встановлення змісту діалогів при використанні службовою особою (посередником) непрямих висловлювань чи паралінгвістичних знаків (жестів) щодо одержання неправомірної вигоди.

Тактична операція «Документування одержання неправомірної вигоди службовою особою» в ситуаціях, коли одночасно фіксується протиправна діяльність як службової особи, посередника,

так і особи, яка надає неправомірну вигоду, має дещо іншу структуру. У порівнянні з попередньою ситуацією спеціальний слідчий експеримент не може бути проведений, що створює суттєві труднощі для доказування вчинення як одержання, так і надання неправомірної вигоди. Тактична операція вибудовується навколо **зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, спостереження за особами та аудіо-, відеоконтролю осіб.** В цілому до її структури можуть входити:

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування між службовою особою та посередником, посередником та особою, яка надає неправомірну вигоду;
- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю службової особи, посередника, коли є дані про їх використання для готування та вчинення злочину;
- аудіо-, відеоконтроль особи, який здійснюється для фіксування спілкування між службовою особою, посередником та особою, яка надає неправомірну вигоду, щодо узгодження умов надання-одержання неправомірної вигоди;
- спостереження за посередником та службовою особою для фіксування контактів між ними до, після одержання неправомірної вигоди посередником і передачі її службовій особі;
- затримання та обшук осіб як підозрюваних після фіксування процесу надання-одержання неправомірної вигоди під час аудіо-, відеоконтролю особи;
- обшук місця надання-одержання неправомірної вигоди та осіб, які в ньому знаходяться. Вилучаються предмет неправомірної вигоди, мобільні термінали зв'язку, документи, у яких відображені дії службової особи щодо яких їй була надана неправомірна вигода. При цьому, з виявленого у службової особи або у посередника під час такого обшуку предмету надання неправомірної вигоди, у т.ч. із його упаковки (конверту, пакету тощо), обов'язково мають вилучатися сліди пальців рук, а за можливості сліди ДНК з метою забезпечення ідентифікації цих осіб і відповідно підтвердження надання-одержання ними предмету неправомірної вигоди;
- повідомлення особам про підозру;
- допити службової особи, посередника та надавача неправомірної вигоди як підозрюваних. Під час допитів як підозрюваних службової особи та посередника, який діяв на користь цієї особи, а також особи, яка надавала неправомірну вигоду, та посередника, який діяв на її користь, мають бути з'ясовані обставини, за яких відбулася їх попередня змова на вчинення злочину, умови їх змови та як у конкретному епізоді злочинної діяльності вони реалізовувалися;
- обрання підозрюваним запобіжних заходів;
- звернення із клопотанням у визначеному законодавством порядку щодо відсторонення від посади службової особи;
- накладення арешту на вилучений предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти, які були вилучені під час обшуку та мають значення для кримінального провадження;
- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності та процесуальних рішень та протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;
- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК, голосу службової особи, посередника, особи, яка надала неправомірну вигоду, для проведення відповідно дактилоскопічної, ДНК та фоноскопічної експертизи;
- призначення дактилоскопічної експертизи, ДНК експертизи, фоноскопічної експертизи, лінгвістичної експертизи матеріалів аудіо-, відеозапису.

Тактична операція «Документування одержання неправомірної вигоди службовою особою» може ускладнюватися за рахунок: кількості посередників між особою, яка надає неправомірну вигоду, та службовою особою; кількості осіб, які надають неправомірну вигоду; надання неправомірної вигоди третій особі; надання неправомірної вигоди службовій особі декількома частинами; надання неправомірної вигоди службовій особі у безготівковій формі на рахунки вітчизняних чи зарубіжних банківських установ тощо.

Відповідно до цих обставин можуть здійснюватися негласні слідчі (розшукові) дії відносно посередників (зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, спостереження за ними, аудіо-, відеоконтроль, за необхідності та можливості це здійснити в середині публічно недоступних місць) з метою одержання доказів, які містять дані, що однозначно підтверджують одержання посередником неправомірної вигоди для службової особи чи для третіх осіб, на користь яких вони

діють, а також аналогічних негласних слідчих (розшукових) дій щодо третьої особи, на користь якої надається неправомірна вигода.

Вкрай важливим для такої ситуації є **документування** факту передавання предмету неправомірної вигоди посередником службовій особі або третій особі, на користь якої діє службова особа, а також одержання доказів того, що службова особа усвідомлює, що її посередник, одержуючи предмет неправомірної вигоди, діє від її імені, а у випадку, коли неправомірна вигода одержується третьою особою, що цей факт прямо взаємопов'язаний із діями службової особи з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Якщо злочин, передбачений ст. 368, підслідний НАБУ та одержується неправомірна вигода у безготівковій формі, то цей факт може бути задокументований за наявності даних про банківський (-кі) рахунок (-ки) здійсненням їх **моніторингу.** Після цього має бути накладений попередній **арешт** на кошти на рахунку (-ах) в порядку, визначеному у ч. 9 ст. 170 КПК, з подальшим накладенням на них арешту.

Якщо грошові кошти переводяться на рахунок зарубіжної банківської установи, то застосовуються **заходи міжнародного співробітництва** у кримінальному провадженні для одержання даних про зарахування на конкретний рахунок грошових коштів, особу, якій цей рахунок належить, про рух грошових коштів по цьому рахунку, накладення на нього арешту.

Далі здійснюється **тимчасовий доступ до документів** банківської установи для одержання даних про володільця цих рахунків, списання та зарахування із банківських рахунків грошових коштів. Якщо банківський рахунок, з якого списувалися та/або на який зараховувалися грошові кошти, що є предметом неправомірної вигоди, належить юридичній особі, то також здійснюється тимчасовий доступ до документів цієї особи, або за наявності для цього підстав проводиться обшук у приміщенні, де зареєстрована та/або фактично здійснює свою діяльності юридична особа, з метою вилучення документів, які містять відомості про підстави, тобто у зв'язку з чим, коли, на підставі рішення кого з керівництва юридичної особи, тощо були перераховані грошові кошти, які виступили предметом неправомірної вигоди.

Використання службовими особами третіх осіб (фізичних, юридичних) забезпечує завуальованість одержання неправомірної вигоди. Обов'язково підлягає дослідженню характер та ступінь участі в одержанні неправомірної вигоди такої фізичної особи чи службових осіб юридичної особи, на користь якої була передана неправомірна вигода. Відповідно до результатів цього здійснюється кримінально-правова кваліфікація їх дій та приймається рішення щодо повідомлення їм про підозру.

2. Про обставини вчинення злочину, передбаченого ст. 368 КК, стало відомо із заяви особи, яка добровільно повідомила про прийняття її пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, або із заяви особи про вимагання у неї неправомірної вигоди.

Найбільш сприятливою є різновид цієї ситуації, коли одержання неправомірної вигоди службовою особою ще не відбулося. Тоді є можливість зафіксувати цей факт та підтвердити достовірність даних, одержаних від заявника. У цьому випадку здійснюється **допит заявника.** Процесуальний статус такої особи визначається вчиненими нею діями.

Так, якщо ця особа запропонувала чи пообіцяла неправомірну вигоду службовій особі, але її не надала, то їй має бути повідомлено про підозру і у статусі підозрюваної здійснюється її допит. А якщо відносно заявника мало місце тільки вимагання неправомірної вигоди службовою особою, то така особа буде мати статус потерпілого. На підставі одержаних даних планується та здійснюється **тактична операція «Документування одержання неправомірної вигоди службовою особою»**, аналогічна описаній для ситуації здійснення її за участі негласних штатних чи позаштатних працівників оперативного підрозділу. Тільки замість них участь у ній бере особа, яка заявила про прийняття її пропозиції, обіцянки або вимагання, одержання неправомірної вигоди службовою особою.

Менш сприятливою для подальшого розслідування є повідомлення про одержання неправомірної вигоди службовою особою як про таке, що відбулося. У такій ситуації дослідженню підлягають дані, повідомлені під час **допиту** особи, яка надала неправомірну вигоду, про обставини надання-одержання неправомірної вигоди.

Успішність доказування, в першу чергу, обумовлюється можливістю підтвердити факти вчинення чи не вчинення тих чи інших дій службовою особою на користь особи, яка надала неправомірну вигоду, набуття предмету неправомірної вигоди службовою особою або третьою особою від особи,

яка заявила про надання нею такої вигоди. Для цього здійснюються допит особи, яка надала неправомірну вигоду, як підозрюваної щодо обставин надання-одержання неправомірної вигоди.

Якщо під час такого допиту особа повідомить дані щодо індивідуальних ознак предмету неправомірної вигоди чи про наявність документів, які підтверджують надання службовій чи третій особі, яка пов'язана із службовою особою, наприклад, родинними чи іншими зв'язками, грошових коштів, майна, документів, які надають переваги, пільги, послуги тощо, тоді для їх вилучення, здійснюється **обшук,** або якщо документи щодо надання-одержання неправомірної вигоди знаходяться у фізичних чи юридичних осіб, які не можуть бути зацікавлені у їх приховуванні, то здійснюється **тимчасовий доступ** до них.

Якщо особа, яка повідомила про вчинення злочину, надала дані про інших осіб, яким відомо про обставини злочину, то здійснюється їх **допит** як свідків. Також здійснюються аналогічні процесуальні дії, спрямовані на отримання доказів щодо факту візиту особи до службової особи (наприклад, журнал реєстрації відвідувань громадян, рішення з питання, по якому зверталася особа, яка надала неправомірну вигоду, до службової особи, які були документально оформлені тощо). Якщо у підсумку проведення процесуальних дій будуть одержані прямі докази, які вказують на те, що особа, яка надала неправомірну вигоду та в подальшому повідомила про цей факт правоохоронний орган, дійсно спілкувалася зі службовою особою щодо тих чи інших питань, які відносяться до компетенції останньої, і після цього цій особі були передані грошові кошти, майно, надані послуги тощо, чи такі дії були здійснені щодо третьої особи, пов'язаної зі службовою особою, то це може стати підставою для повідомлення про підозру службовій особі.

Не слід забувати про необхідність прокурору звернутися із клопотанням про **звільнення від кримінальної відповідальності особи** після повідомлення їй про підозру, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, на підставі положень ч. 5 ст. 354. Якщо особа повідомила про вимагання службовою особою в неї неправомірної вигоди, але вона її не надала, а звернулася із заявою про цей факт до правоохоронного органу, то вона у кримінальному провадженні набуває статус потерпілої.

3. Про вчинення злочину, передбаченого ст. 368 КК, стало відомо із заяви особи, якій стало відомо про нього від інших осіб.

Ця ситуація є несприятливою для доказування обставин події злочину через те, що така особа дає показання з чужих слів, які можуть бути не точними та не відносно всіх обставин злочину, які мають значення для кримінального провадження. Використання в доказуванні таких показань відповідно до ст. 97 КПК має цілий ряд умов, які суттєво ускладнюють обґрунтування ними без допиту особи, яка є першоджерелом таких показань, підозри службовій особі, яка прийняла пропозицію, обіцянку, висловила прохання надати чи вимагала та одержала неправомірну вигоду, та особі, яка запропонувала, пообіцяла, надала неправомірну вигоду. Допит першоджерела з високою імовірністю може призвести до нульового результату. Ця особа скористується своїм правом відмовитися від давання показань відносно себе, передбачене статтею 63 Конституції. І взагалі такий допит негативно вплине на результати кримінального провадження. Якщо таким першоджерелом є особа, яка надала або одержала неправомірну вигоду, то її допит як свідка взагалі є неможливим. З урахуванням цього може бути прийняте рішення на підставі нормативних приписів п. 1 ч. 1 та ч. 2 ст. 6 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» розпочати проведення оперативно-розшукової діяльності щодо службової особи на предмет готування нею вчинення злочину, передбаченого ст. 368.

Така ситуація може трансформуватися у першу з розглянутих слідчих ситуацій, яка є сприятливою для доказування. При успішному документуванні нового факту одержання неправомірної вигоди службовою особою може одержати свій розвиток і кримінальне провадження щодо епізоду одержання неправомірної вигоди, про який стало відомо заявнику від інших осіб.

3.5. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК) *(В. Навроцький)*

Обов'язкові ознаки основного складу злочину, передбаченого ст. 369 КК.

Стаття 369 складається з чотирьох частин, перша з яких передбачає основний (простий, без кваліфікуючих ознак) склад відповідного злочину, а наступні частини – кваліфіковані й особливо кваліфіковані склади цього ж злочину.

Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі, як вже вказувалося, є одним із видів «хабарництва» та утворює так звану необхідну співучасть з посяганням, передбаченим ст. 368. Це означає, що склад злочину, передбаченого ст. 369, за загальним правилом, має місце тоді, коли водночас вчинюється і посягання, яке підпадає під ознаки складу злочину за ст. 368. Також це обумовлює наявність у цих складах злочинів ознак «дзеркальних» – таких, які є оберненими до таких же ознак в іншому складі злочину. Це, зокрема такі пари ознак:

- давання неправомірної вигоди та її одержання;
- пропозиція неправомірної вигоди та прийняття такої пропозиції;
- обіцянка неправомірної виголи та прийняття такої обіцянки.

У обох складах злочинів дії вчинюються щодо одного й того ж феномена – неправомірної вигоди. Однак, у складі злочину, який полягає у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, а так само у проханні надати таку вигоду (ст. 368) відповідні цінності, блага матеріального або нематеріального характеру є предметом злочину, а у складі злочину, передбаченому ст. 369 – засобом його вчинення, завдяки якому справляється вплив на поведінку службової особи, на те, щоб вона вчинили певну дію або утрималася від її вчинення.

Відтак, обов'язковими ознаками складу злочину, передбаченого ст. 369, які вказані у диспозиції ч. 1 цієї статті (конститутивними ознаками), є:

1) діяння. Воно може полягати у таких трьох альтернативних актах поведінки: а) пропозиція неправомірної вигоди; б) обіцянка надати неправомірну вигоду; в) надання такої вигоди;

2) засіб вчинення злочину – неправомірна вигода.

3) мета – добитися вчинення або невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади або службового становища.

Також обов'язковими ознаками складу цього ж злочину, є ті, неодмінність яких випливає з положень Загальної частини КК. Це:

4) об'єкт;

5) загальні ознаки суб'єкта: а) статус фізичної особи; б) досягнення 16-річного віку (визначено з урахуванням ч. 2 ст. 22 КК); в) осудність;

6) вина.

Як вже відзначалося, обов'язкові ознаки складу злочину, передбаченого ст. 369 (як конститутивні, так і випливаючи з Загальної частини КК), за своїм змістом нерозривно пов'язані з кореспондуючими їм ознаками злочину «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди» (ст. 368). Тому немає потреби повторно зупинятися на їх розкритті. Варто зосередитися лише на існуючій специфіці цих ознак щодо тієї складової «хабарництва», яка полягає у підкупі службової особи.

Об'єкт і предмет злочину.

Для злочину, передбаченого ст. 369, притаманним є те, що його вчинення пов'язане з порушенням відносин, які складаються з приводу забезпечення рівних фактичних можливостей громадян у доступі до послуг, які надаються службовими особами. Адже «хабародавець» намагається отримати переваги над іншими особами (у черговості та/або швидкості задоволення потреб, отриманні ресурсів з суспільних чи державних фондів тощо), які неправомірну вигоду службовій особі не пропонують, не обіцяють, не надають, а вирішують відповідні питання в установленому законодавством порядку. Такі відносини є ще одним **додатковим факультативним об'єктом** – він порушується лише тоді, коли має місце вимагання неправомірної вимоги з боку службової особи.

Проте, **об'єктом** цього злочину не виступають відносини власності щодо неправомірної вимоги – не відбувається таке зменшення майна, коштів, нематеріальних чи негрошових ресурсів у «хабародавця», яке заслуговує на кримінально-правову охорону. Намагання досягти своїх інтересів чи інтересі третіх осіб завдяки вчиненню протиправних дій – підкупу службової особи – об'єктивно веде (чи буде вести) до зменшення маси майнових та немайнових благ у того, хто надає неправомірну вигоду (пропонує, обіцяє її). Але «хабародавця», відповідно до твердої позиції практики, не визнають потерпілим, йому не повертаються кошти чи інші цінності, які ним передані як неправомірна вигода (крім випадків вимагання в нього неправомірної вигоди).

Значення розміру неправомірної вигоди для оцінки пропозиції обіцянки та надання неправомірної вигоди.

Розмір неправомірної вигоди як предмета її одержання, прийняття пропозиції, обіцянки, прохання є обставиною, з урахуванням якої диференціюється кримінальна відповідальність за злочин, передбачений ст. 368, – закон виділяє поняття неправомірної вигоди у значному, великому та особливо великому розмірі. Що ж до давання, пропозиції та обіцянки такої вигоди – то у ст. 369 з приводу розміру немає жодних вказівок. Це означає, що загалом кримінальна відповідальність «хабародавця» не залежить та не диференціюється залежно від грошової оцінки неправомірної вигоди – засобу, з використанням якої відбувається підкуп службової особи, – злочином визнається підкуп у будь-якому розмірі.

Виникає питання, чи можна щодо злочину, передбаченого ст. 369, використовувати поняття малозначності (ч. 2 ст. 11 КК) с урахуванням мізерного розміру неправомірної вигоди? Переважаючою у теорії кримінального права та в правозастосовній практиці є позиція, згідно з якою дії щодо підкупу службової особи можуть бути визнані малозначними. Однак, при визначенні наявності чи відсутності малозначності потрібно враховувати таке:

- розмір неправомірної вигоди не може бути єдиним і визначальним критерієм для застосування положень ч. 2 ст. 11 КК. Навіть явно незначний розмір неправомірної вигоди може бути підставою для кримінальної відповідальності за ст. 369;

- малозначність щодо цього злочину повинна визначатися з врахуванням ступеня впливу на поведінку службової особи запропонованої, обіцяної або наданої неправомірної вигоди. Якщо вчинення чи не вчинення дії в інтересах того, хто дає неправомірної вигоду, або третьої особи відбулося б незалежно він надання, обіцянки пропозиції певних благ, то є всі підстави оцінювати посягання як малозначне. І, навпаки, якщо навіть незначна вигода обумовила поведінку службової особи, то малозначність відсутня;

- вкрай важливим при визначенні наявності/відсутності малозначності має характер, значимість, масштабність тих дій, які повинна вчинити службова особа завдяки підкупу, можливі негативні наслідки від поведінки службової особи;

- про малозначність, переважно, можна вести мову тоді, коли службова особа має вчинити дію в межах своїх повноважень, без зловживань чи перевищень компетенції, не зачіпаючи права інших осіб – звісно, з урахуванням розміру неправомірної вигоди. Коли ж діяння службової особи явно незначне, а розмір вигоди значний, то слід з'ясовувати наявність підстав для застосування ст. 172-5 КУпАП стосовно порушення обмежень щодо одержання подарунку, а в окремих випадках – ознак незаконного збагачення;

- якщо підкуп здійснюється з метою спонукати службову особу до неправомірних дій – перевищення влади чи службових повноважень, інших правопорушень (має місце підбурювання службової особи до вчинення злочину), то пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди не повинно визнаватися малозначним.

Значення правового статусу благ, які становлять неправомірну вигоду для кваліфікації їх використання як неправомірної вигоди.

Як неправомірна вигода можуть надаватися блага, які:

- перебувають у вільному обігу;

- за дії з якими (зокрема, зберігання, носіння, придбання, передачу чи збут) встановлена кримінальна відповідальність.

Незалежно від виду благ, які є засобом підкупу службової особи, їх обіцянка або пропозиція кваліфікуються лише за ст. 369. Передача ж відповідних благ становить лише злочин, передбачений цією статтею, якщо вони відносяться до першого виду. Якщо ж передаються предмети, незаконне поводження з якими становить окремий злочин, то скоєне кваліфікується і за ст. 369, і за статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за дії з такими предметами (статті 263, 307).

Також кваліфікуюче значення має те, у чиїй власності перебувають блага, які передаються. При цьому можливі, принаймні, такі ситуації (див. Табл. 10).

Таблиця 10. **Кваліфікація передачі неправомірної вигоди залежно від статусу майна.**

Статус майна, яке передається як неправомірна вигода	Кваліфікація передачі такого майна як неправомірної виголи
Належить особі, яка передає його (перебуває у власності такої особи).	Лише за відповідною частиною ст. 369.
Належить іншим особам, зокрема, третім особам, в інтересах яких очікується вчинення чи не вчинення дії службовою особою. При цьому особі, яка передає майно, надані повноваження розпоряджатися цим майном.	
Належать підприємству, установі, організації, керівник якого дає вказівку підлеглому передати майно як неправомірну вигоду.	За відповідною частиною ст. 369 та залежно від виконуваної ролі: за статтями про відповідальність виконавця або ж пособника розкрадання (з урахуванням його виду та розміру, наявності кваліфікуючих ознак).
Викрадене самою особою, яка згодом його передає як неправомірну вигоду.	За відповідною частиною ст. 369 та статтею, яка передбачає розкрадання (з урахуванням його виду та розміру, наявності кваліфікуючих ознак).
Становить собою майно, яким злочинно заволоділи раніше інші особи.	За відповідною частиною ст. 369 і ст. 198.

Об'єктивна сторона злочину.

Діяння у злочині, передбаченому ст. 369, може полягати лише у дії – активній поведінці та виражається (альтернативно) у трьох діях, прямо названих у диспозиції ч. 1 ст. 369.

Пропозиція неправомірної виголи може бути виконана будь-якими діями – усно (безпосередньо чи за допомогою засобів зв'язку), письмово (зокрема, запискою, звичайною чи електронною поштою, месенжерами), конклюдентними діями (жестами, демонстрацією цінностей тощо). ***Обіцянка***, оскільки вона передбачає повідомлення більш широкої інформації про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди, очевидно не може бути доведена до свідомості «хабарника» конклюдентними діями, а передбачає усне чи письмове спілкування.

Пропозиція чи обіцянка неправомірної вигоди може бути доведена як безпосередньо до службової особи, від якої очікується вчинення чи не вчинення відповідної дії, так і до особи, яка передасть відповідну інформацію до такої службової особи – третьої особи, на користь якої і буде надана неправомірна вигода, або ж посередника між «хабарником» та «хабародавцем». Надання ж неправомірної вигоди може бути здійснене або самій службовій особі, або ж третій особі, на користь якої приймає вигоду ця службова особа, або ж посереднику, який повинен передати відповідну вигоду адресату.

Суб'єкт і суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єкт цього злочину – загальний, відповідальність настає з 16-річного віку (ст. 22 КК).

Вина щодо пропозиції, обіцянки або надання неправомірної вигоди службовій особі полягає у прямому умислі. Ознаки ж умислу нерозривно пов'язані («дзеркальні») з ознаками умислу щодо злочину, передбаченого ст. 368. Головне, на що слід звернути увагу – на двохсторонній психічний зв'язок «хабарника» та «хабародавця». Умисел цих осіб передбачає, що і один, і інший розуміють, що вчинюване ними діяння становить собою «хабарництво», що неправомірна вигода є засобом підкупу та надається за вчинення чи не вчинення певної дії з використанням наданої влади чи службового становища.

Мета дій «хабародавця» – добитися вчинення чи не вчинення службової дії у власних інтересах чи інтересах третьої особи – ідентична аналогічній ознаці щодо злочину, передбаченого ст. 368.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

Таблиця 11. **Кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки злочину, передбаченого ст. 369 КК.**

Частина ст. 369 КК	Назва ознаки	Зміст ознаки
Частина 2	Повторність дій, передбачених ч. 1 ст. 369.	Має місце сукупність таких рис: 1) раніше особа вчинила злочин, передбачений ст. 369, і знову вчинила такий злочин1; 2) правові наслідки раніше вчиненого злочину зберігаються (не сплив строк давності або зберігається судимість, особа не була звільнена від кримінальної відповідальності); 3) не має значення, чи раніше вчинений та наступний злочин вчинено одноособово чи у співучасті і чи був закінчений або перерваний на стадії готування чи замаху.
Частина 3	Вчинення дій, передбачених ч. 1 або 2 ст. 369, за попередньою змовою групою осіб.	Має місце сукупність таких рис: 1) участь у вчиненні злочину двох чи більше осіб, які є суб'єктами злочину (фізичних, досягли 16-річного віку, осудних); 2) кожен виконує принаймні частину дій, вказаних у диспозиції ч. 1 ст. 3692; 3) учасники групи діють спільно в інтересах їх усіх чи одного з них чи третьої особи; 4) домовленість про спільне вчинення дій досягнута до початку виконання об'єктивної сторони злочин одним із учасників.
Частина 3	Надання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає відповідальне становище.	Поняття такої особи наведене у п. 2 примітки до ст. 368.
Частина 4	Надання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище.	Поняття такої особи наведене у п. 3 примітки до ст. 368.
Частина 4	Вчинення дій, передбачених частинами 1, 2 або 3 ст. 369, організованою групою чи її учасником.	Має місце сукупність таких рис: 1) існує група, яка характеризується ознаками, вказаними у ч. 3 ст. 28; 2) один чи кілька учасників організованої групи вчиняє дії, передбачені ст. 369; 3) дії вчинюються за завданням такої групи; 4) група або її учасник діють задля вчинення чи не вчинення дії службовою особою в інтересах організованої групи.

За наявності кількох таких ознак скоєне кваліфікується за частиною статті, яка передбачає найбільш тяжкий вид злочину. Однак всі ознаки підлягають встановленню та вказуються у формулюванні обвинувачення.

---

[1] У диспозиції ч. 2 ст. 369 КК вказано, що повторність наявна, коли мають місце «діяння, передбачені частиною першою цієї статті». Однак, посилена караність повторності менш небезпечного посягання (якому передував злочин, передбачений 1 ст. 369), означає таку ж посилену караність повторності більш небезпечних посягань (якщо вперше було вчинено злочин, передбачений ч. 3 чи ч. 4 ст. 369 КК). Загальновизнано, що караність менш небезпечного діяння означає караність і більш небезпечного діяння. Тому ознакою повторності щодо ч. 2 ст. 369 КК є попереднє вчинення посягання, передбаченого будь-якою частиною ст. 369 КК. Таке тлумачення аж ніяк не є поширювальним, воно відповідає дійсному змісту закону про кримінальну відповідальність.

[2] Правозастосовна практика послідовно дотримується позиції, згідно з якою кожен учасник такої групи є співвиконавцем (п. 16 Постанови ВС України №5 від 24.04.2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництово»). Наприклад, один учасник групи обіцяє неправомірну вигоду, а інший – її передає.

Спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку чи надання неправомірної вигоди.

Чинний КК передбачає єдину підставу звільнення від кримінальної відповідальності при вчиненні закінченого злочину, передбаченого ст. 369. Причому вона «захована» у ч. 5 ст. 354. Умовами такого звільнення є:

1) вчинення дій, передбачених ст. 369 – пропозиція або обіцянки неправомірної вигоди або її надання;

2) про вчинення таких дій відсутня інформація з інших джерел у органу, службова особа якого наділена правом повідомляти про підозру;

3) такому органу добровільно повідомлено про те, що сталося. Ключовою умовою добровільності є відсутність інформації про те, що про посягання стало відомо правоохоронному органу;

4) особа активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особою, яка отримала неправомірну вигоду або прийняла її пропозицію чи обіцянку. Таке сприяння полягає, насамперед, у наданні повної, точної та своєчасної інформації про всіх учасників «хабарництва»;

5) повідомлення не стосується пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди особі, вказаній у ч. 4 ст. 18 КК.

Розмежування з іншими складами злочину.

Кваліфікація діянь, які вчинюються в ситуаціях, пов'язаних з розривом зв'язку в ланцюгу: «хабародавець» – посередник – «хабарник» або третя особа.

Чинний КК 2001 р., на відміну від раніше діючого КК 1960 р., не передбачає окремої статті про відповідальність за посередництво в хабарництві. Це, однак, не означає, що таке посередництво декриміналізоване. За чинним КК воно кваліфікується як співучасть у відповідному злочині (його організація або ж пособництво) – або на стороні «хабародавця», або ж на стороні «хабарника» – за ч. 3 або 5 ст. 27 КК та відповідними частинами статей 368 або 369. Кваліфікація посередницьких діянь, вчинених «у чистому вигляді» – коли повністю виконуються поставлені завдання та висловлені обіцянки, а виконавець вчинює дії, зазвичай не викликає труднощів на практиці.

Водночас, не так просто відбувається кваліфікація у випадках, коли учасники корупційної оборудки запланованого (очікуваного) повністю або частково не виконують. Під час контактів між «хабародавцем» та «хабарником» можливі різноманітні ситуації, пов'язані з невиконанням ними та/чи посередниками запланованих (обіцяних) дій, не доведенням відповідної інформації як з вини учасників корупційних зв'язків, так і з причин, від них незалежних. Найбільш типові ситуації, а також їх кримінально-правова оцінка викладені в Таблиці 12.

Таблиця 12. **Типові ситуації, пов'язані з невиконанням запланованих (обіцяних) дій.**

Вчинювані дії	Кваліфікація дій «хабародавця» або посередника	Кваліфікація дій «хабарника»
«Хабарник» приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду, проте очікуваної дії не виконує (навіть не плануючи її виконати, не маючи змоги виконати тощо).	Закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 369.	Закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 368.

[1] Є підстави вважати, що згода надати неправомірну вигоду, виражена після відповідного прохання службової особи, становить собою пропозицію чи обіцянку надати таку вигоду. Тому особа, яка погодилася на таке прохання службової особи, підлягає відповідальності за ст. 369 КК. К.П.Задоя вважає, що таке тлумачення означає поширювальне тлумачення розуміння пропозиції чи обіцянки (Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення. – К., 2014. – С.41.), хоча й вважає його прийнятним для усунення прогалини кримінального закону, який за такі дії прямо не передбачив кримінальної відповідальності. Видається, що вказане тлумачення не є поширювальним (неприйнятним у кримінальному праві, оскільки є передумовою прямо забороненої ч. 4 ст. 3 КК аналогії), а становить собою буквальне тлумачення. Адже для пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди не має значення: а) від кого походить ініціатива щодо надання неправомірної вигоди – від «хабародавця» чи «хабарника»; б) у якій послідовності вказані особи виконують взаємопов'язані дії, передбачені ст. 368 та ст. 369 КК. Тому немає підстав вважати відсутність положень про кримінальну відповідальність за прийняття прохання надати неправомірну вигоду прогалиною КК.

«Хабародавець» висловлює пропозицію або обіцянку надати неправомірну вигоду («хабарник» їх приймає), але вигоду не надає.	Закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 369.	Закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 368 – оскільки виконана одна з альтернативних дій, що входить до об'єктивної сторони цього злочину.
Службова особа висловлює прохання надати їй неправомірну вигоду за вчинення дії з використанням наданої їй влади або службового становища, але потенційний «хабародавець» відмовляється це зробити чи не виражає згоду на це1.	Складу будь-якого злочину немає.	Закінчений злочин (прохання надати неправомірну вигоду), передбачений відповідною частиною ст. 368.
Службова особа висловлює прохання надати їй неправомірну вигоду за вчинення дії з використанням наданої їй влади або службового становища, і потенційний «хабародавець» спочатку погоджується (обіцяє), але згодом не виконує своєї обіцянки.	Закінчений злочин (обіцянка неправомірної вигоди), передбачений відповідною частиною ст. 369.	Закінчений злочин (прохання надати неправомірну вигоду), передбачений відповідною частиною ст. 368.
Посередник привласнює собі неправомірну вигоду та не передає її «хабарнику» (за умови, що «хабародавець» та «хабарник» обумовили її передачу – тобто, мала місце обіцянка та її прийняття).	Дії «хабародавця» – закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 369. Дії посередника – шахрайство (ст. 190), якщо неправомірна вигода становила собою майно.	Закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 368, – оскільки виконана одна з альтернативних дій, що входить до об'єктивної сторони цього злочину.
Посередник привласнює собі частину неправомірної вигоди, а «хабарнику» передає лише її частину (за умови, що «хабародавець» та «хабарник» обумовили її передачу – тобто мала місце обіцянка та її прийняття).	Дії «хабародавця» – закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 369. Дії посередника – пособництво у вчиненні злочину, передбаченого ст. 369.	Закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 368 – оскільки виконана одна з альтернативних дій, що входить до об'єктивної сторони цього злочину.
Особа обіцяє іншій зацікавленій особі добитися від службової особи виконання певної дії шляхом передачі їй неправомірної вигоди, отримує для цього від потенційного «хабародавця» цінності для передачі, які привласнює.	Дії уявного посередника – підбурювання до надання неправомірної вигоди за ч. 4 ст. 27 та відповідною частиною ст. 369. Дії «хабародавця» – замах на давання неправомірної вигоди за ч. 3 ст. 15 та відповідною частиною ст. 369.	Складу будь-якого злочину немає.

У цій таблиці наведені не всі ситуації, які можуть мати місце при контактах у ланцюгу «хабародавець» – посередник – «хабарник». Окремі з них становлять собою зловживання впливом (ст. 369-2) і будуть розглянуті нижче. Загалом же встановлення відповідальності за пропозицію та обіцянку неправомірної вигоди, за її прийняття і прохання надати таку вигоду істотно скоротили

кількість ситуацій, які становили замах на відповідні злочини – відтепер вони становлять собою закінчені посягання.

Роль «третьої особи» у виконання діянь, передбачених ст. 369 КК.

Вище вказувалося, що у статтях 368, 369 двічі згадується третя особа, причому йдеться про різних осіб. Одна з таких осіб – це особа, третя щодо «хабародавця» – у її інтересах (на її користь, для задоволення її потреб) має бути вчинена/не вчинена дія за неправомірну вигоду, яка пропонується, обіцяється чи передається службовій особі. Інша – третя особа щодо «хабарника» – на її користь може бути надана неправомірна вигода.

Так чи інакше, але така третя особа не може бути сторонньою відповідно для «хабародавця» і «хабарника». Це така, яка чимось близька для учасників оборудки, у благополуччі якої зацікавлені виконавці аналізованих злочинів, задля реалізації інтересів яких, врешті-решт, здійснюється «хабарництво». Це особа, на яку прямо вкаже «хабарник» або ж про досягнення інтересів якої клопочеться «хабародавець».

Водночас, як третя особа на стороні «хабародавця», так і третя особа на стороні «хабарника», не відіграють самостійних ролей при виконанні злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369. Їхня поведінка, загалом, не входить в об'єктивну сторону вказаних злочинів – за винятком хіба що одержання вигоди третьою особою, що виступає на стороні «хабарника». З диспозиції ч. 1 ст. 368 та ч. 1 ст. 369 випливає, що обіцянка чи пропозиція неправомірної вигоди може стосуватися її майбутнього надання безпосередньо третій особі, передана ж вигода також може бути безпосередньо третій особі. Іншими словами, зовсім не обов'язково, щоб певну вигоду приймала сама службова особа, а вже потім її передавала третій особі.

Виходячи з викладеного, дії такої третьої особи (за винятком прийняття неправомірної вигоди) не охоплюються складами злочинів, що охоплюються поняттям «хабарництва», у певних випадках вони потребують додаткової кваліфікації.

Таблиця 13. **Типові ситуації поведінки третьої особи та кваліфікація такої поведінки.**

Дії третьої особи на стороні «хабарника»	Кримінально-правова кваліфікація
Отримання неправомірної вигоди від «хабарника» за умови поінформованості про статус відповідної вигоди та що вона є майном, коштами.	Ст. 198.
Отримання неправомірної вигоди у формі переваг, пільг, послуг, інших вигод нематеріального чи негрошового характеру від «хабарника», навіть за умови поінформованості про статус відповідної вигоди.	Дії не становлять складу злочину – предметом злочину, передбаченого ст. 198, є лише майно у розумінні речей.
Прийняття неправомірної вигоди, про одержання якої домовився «хабарник», безпосередньо від «хабародавця».	Дії не становлять складу злочину – на момент передачі вони ще не є майном, здобутим злочинним шляхом.
Прийняття неправомірної вигоди, про одержання якої домовився «хабарник», за умови, що вигода є майном, коштами, та поінформованості, що вони здобуті злочинним шляхом самим «хабародавцем» або іншими особами.	Ст. 198.
Прийняття неправомірної вигоди, про одержання якої домовився «хабарник», – якщо вона є предметом, за незаконне поводження з яким передбачена кримінальна відповідальність	Статті 263 (307, 309 чи інші статті КК, які передбачають відповідальність за дії щодо таких предметів); ст. 198 (за умови поінформованості, що такі предмети здобуті злочинним шляхом).
Прийняття неправомірної вигоди, про одержання якої домовився «хабарник», та передача її частини «хабарнику» і залишення її частини собі.	Пособництво в одержанні неправомірної вигоди: ч. 5 ст. 27 і відповідна частина ст. 368.

Третя особа, на користь якої виконуються дії, передбачені ст. 369, також, за загальним правилом, не підлягає кримінальній відповідальності. Проте, її роль може виходити за межі власне пасивного

учасника «хабарництва», який лише користується результатами підкупу. У таких випадках її дії підлягають самостійній кримінально-правовій кваліфікації.

Таблиця 14. **Типові ситуації, які виникають у зв'язку з діями третьої особи на стороні «хабародавця».**

Дії третьої особи на стороні «хабародавця»	Кримінально-правова кваліфікація
Користування результатами дії, яку вчинила службова особа в її інтересах.	Дії не становлять складу будь-якого злочину.
Надання «хабародавцю» коштів, майна, інших благ для їх передачі як неправомірної вигоди і наступного вчинення дії у своїх інтересах.	Пособництво (можливо, підбурювання чи організація) щодо давання неправомірної вигоди: ч. 5 (ч. 4, ч. 3) ст. 27 і відповідна частина ст. 369.
Надання «хабародавцю» для передачі як неправомірної вигоди і наступного вчинення дії у своїх інтересах предметів, за незаконне поводження з якими встановлена кримінальна відповідальність.	Частина 5 (ч. 4, ч. 3) ст. 27 і відповідна частина ст. 369; ст. 263 (307, 309 чи інші статті Особливої частини).
Надання «хабародавцю» для передачі як неправомірної вигоди і наступного вчинення дії у своїх інтересах майна, здобутого злочинним шляхом.	Частина 5 (ч. 4, ч. 3) ст. 27 і відповідна частина ст. 369; ст. 198.

Як і щодо інших ситуацій наведений перелік не вичерпний.

Діяння «хабародавця», які вчинюються щодо службової особи, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище.

Відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369), як і за злочин, передбачений ст. 368, диференційована з урахуванням важливості становища «хабарника». Однак, на відміну від ст. 368, у ст. 369 у кваліфікованих та особливо кваліфікованих видах злочину не передбачені всі види дій, які є ознаками простого складу злочину.

Таблиця 15. **Види дій, які є ознаками простого складу злочину, передбаченого ст. 369 КК.**

Частина ст. 369 КК	Вказівка на «хабарника»	Вказівка на діяння
Частина 1	Службова особа.	Пропозиція чи обіцянка, надання неправомірної вигоди.
Частина 3	Службова особа, яка займає відповідальне становище.	«… якщо неправомірна вигода надавалася».
Частина 4	Службова особа, яка займає особливо відповідальне становище.	«… якщо неправомірна вигода надавалася».

Тобто, щодо службової особи, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище (а поняття такої особи наведене у пунктах 2 і 3 примітки до ст. 368), не передбачене вчинення пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди. Тому виникає питання, як кваліфікувати вказані дії щодо таких осіб?

Видається, що пропозиція або обіцянка неправомірної вигоди, адресовані службовій особі, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище, становить собою готування до злочинів, передбачених відповідними частинами цієї статті. Готування – оскільки відповідні дії не передбачені диспозиціями ч. 3 і ч. 4 ст. 369 та становлять інше умисне створення умов для вчинення злочину. Такі діяння належить кваліфікувати за ч. 1 ст. 14 і ч. 3 (або ч. 4) ст. 369.

Зазвичай замах на посягання з формальним складом, які охоплюють лише одне діяння (а аналізовані посягання відносяться до таких), неможливий. Однак, це не стосується злочинів, передбачених ч. 3 і ч. 4 ст. 369, що обумовлено характером діяння. Як відомо, надання неправомірної вигоди нерозривно пов'язане з її одержанням. Одержання ж неправомірної вигоди полягає у прийнятті хоча б її частини службовою особою, визначеною нею третьою особою чи тим, хто діє за їх дорученням. Допоки немає такого прийняття – дію щодо надання неправомірної вигоди не можна

вважати виконаною, а відповідний злочин – закінченим. Тому замах на давання неправомірної вигоди будь-якій службовій особі, включаючи і ту, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, можливий.

Замах на цей злочин має місце у випадках, коли «хабародавець» робить вчинки, спрямовані на передачу неправомірної вигоди, але відповідні цінності не доходять до службової особи, або ж службова особа відмовляється її приймати (наприклад, відповідні цінності привласнює посередник, відбувається помилка в особі, якій мають бути передані кошти, або ж у номері рахунку, дії присікають органи влади).

Вчинення злочину, передбаченого ст. 369 КК, в інтересах юридичної особи та застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру.

Злочин, передбачений ст. 369, віднесений до тих, при вчиненні якого уповноваженою особою відповідної юридичної особи до останньої застосовуються заходи кримінально-правового характеру (пункти 1 та 2 ч. 1 ст. 96-3).

Такі заходи відповідно до вказаної норми застосовуються, якщо уповноважена особа юридичної особи:

1) від її імені та в її інтересах вчинила злочин, передбачений ст. 369;

2) не забезпечила виконання покладених на неї обов'язків із запобігання корупції, що призвело до вчинення злочину, передбаченого ст. 369.

Поняття уповноваженої особи юридичної особи наведене у примітці 1 до ст. 96-3. Ключовою ознакою такої особи є ***повноваження діяти від імені юридичної особи***. Таке право мають:

- керівник юридичної особи, який у всіх відносинах представляє таку особу без спеціальної довіреності та може вчиняти дії від її імені;

- службові особи юридичної особи, яким таке право надається органами управління та зазначається у спеціальній довіреності, що діє, як правило, протягом певного часу (ними можуть бути, зокрема, головний бухгалтер, начальник юридичного відділу);

- інші працівники юридичної особи, які не є службовими, яким повноваження представляти юридичну особу надається органами управління для вчинення окремих дій та зазначається у спеціальній довіреності, як правило, разовій (наприклад, на отримання чи передачу майна);

- особи, які не є працівниками юридичної особи, яким повноваження представляти юридичну особу надається органами управління для здійснення окремих видів діяльності та зазначається у спеціальній довіреності (наприклад, комерційний представник).

Таким чином, «хабародавцем» від імені юридичної особи може бути лише керівник чи особа, яка діє за спеціальним дорученням. Очевидно, що таке доручення не може містити повноважень на злочинне діяння – пропозицію, обіцянку чи надання неправомірної вигоди. У такому дорученні може йтися лише про представлення юридичної особи у легальних відносинах, використання повноважень діяти від імені такої особи. Словосполучення «вчинення злочину від імені юридичної особи» виражає юридичну фікцію, означає лише, що певна фізична особа представляє інтереси юридичної особи, діє з використанням можливостей, які виникають від правового зв'язку з юридичною особою.

Водночас, особа, яка фактично виступає «хабародавцем» від імені юридичної особи (зазвичай, за усною вказівкою керівника), але не має права представляти її – діяти від імені підприємства, установи, організації в інших правовідносинах, не може вважатися такою, яка вчиняє дії, які є підставою для застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичної особи. У смислі ст. 96-3 така особа не діє від імені юридичної особи.

Злочин, передбачений ст. 369, вважається вчиненим в інтересах юридичної особи, якщо його вчинення призвело до отримання нею неправомірної вигоди або створило умови для отримання такої вигоди, або був спрямований на ухилення від передбаченої законом відповідальності (п. 2 примітки до ст. 96-3). Тобто, вчинення чи не вчинення дії підкупленою службовою особою очікується в інтересах такої третьої особи, якою є відповідна юридична особа.

Очевидно, що передбачений ст. 369 злочин, вчинений від імені та в інтересах юридичної особи, може бути як закінченим, так і незакінченим, вчинений як одноособово її представником, так і в співучасті (наприклад, уповноважена особа залучає для передачі неправомірної вигоди іншу сторонню особу). Проте за співучасті уповноважена особа юридичної особи повинна виступати в ролі виконавця чи співвиконавця цього злочину.

3.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 369 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі взаємопов'язані із вчиненням протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 368. Труднощі у виявленні злочинів, передбачених статтею 369, викликані тим, що джерелом відомостей про них у більшості випадків є службова особа, яка звернулася із заявою до правоохоронного органу, що їй запропонували або пообіцяли надати неправомірну вигоду. Прийняття ж рішення про повідомлення правоохоронному органу про такий злочин у кожному конкретному випадку залежить від правової свідомості та громадянської позиції службової особи.

Загальновідомим, зокрема, завдяки засобам масової інформації, є те, що провокація підкупу є кримінально караним діянням. Відповідно, якщо особа прямо пропонує або обіцяє надати неправомірну вигоду, то для службової особи може бути зрозумілим, що ця особа однозначно це не робить під контролем слідчого/детектива, оперативного підрозділу та прокурора. Тому службова особа з установкою на використання будь-якої можливості одержати неправомірну вигоду має підстави вважати, що їй безпечно одержувати запропоноване.

Службовим особам, насамперед слідчим/детективам, прокурорам, суддям, слід мати на увазі, що у випадках, коли вони вирішують умовно прийняти таку пропозицію чи обіцянку з метою забезпечення в подальшому притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які з такою пропозицією чи обіцянкою звернулися до них, необхідно не зволікати і негайно після такого спілкування повідомляти про факт отримання пропозиції/обіцянки свого безпосереднього керівника, за необхідності колег по роботі, яким службова особа довіряє, та звертатися до відповідного правоохоронного органу із заявою про вчинені щодо неї протиправні дії, передбачені ст. 369. У разі категоричної відмови службової особи від одержання неправомірної вигоди про факт її пропозиції або обіцянки треба також обов'язково повідомляти безпосереднього керівника та колег по роботі, а також звертатися із заявою про цей факт до правоохоронного органу.

Слідчій практиці відомі випадки, коли особа, яка зацікавлена як мінімум у відстороненні від посади службової особи, звертається до правоохоронного органу із заявою про вимагання цією службовою особою неправомірної вигоди, повідомляючи під час допиту, що місце та час надання неправомірної вигоди вже визначені, і в подальшому під контролем слідчого, оперативного підрозділу та прокурора вручає службовій особі предмет неправомірної вигоди, супроводжуючи це словами про те, що вона діє відповідно до досягнутих раніше домовленостей, яких не було, після чого намагається вийти з кабінету. Якщо службова особа вчасно не зорієнтується та не здійснить активних дій, спрямованих на припинення зустрічі з такою особою, не звернеться до колег чи пересічних громадян, які знаходяться поряд із кабінетом, щоб вони стали свідками спроби надати їй неправомірну вигоду, то може виникнути ситуація, коли цій особі складно буде пояснити факт виявлення у неї грошей чи інших матеріальних цінностей, які були залишені відвідувачем у неї в кабінеті.

Слідчим та прокурорам слід завжди ретельно перевіряти заяви від осіб як про пропозицію, обіцянку, надання неправомірної вигоди, так і про прийняття пропозиції, обіцянки, вимагання та надання неправомірної вигоди службовій особі.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину, передбаченого ст. 369 КК, стало відомо із заяви службової особи, яка добровільно повідомила про одержану нею пропозицію або обіцянку неправомірної вигоди.

Ця слідча ситуація сприяє перевірці повідомлених службовою особою даних про звернення до неї особи, яка запропонувала або пообіцяла їй надати неправомірну вигоду, шляхом документування протиправних дій останньої по наданню такої вигоди. У цьому випадку планується та здійснюється **тактична операція «Документування надання неправомірної вигоди службовій особі».** Але перелік процесуальних дій, які до неї можуть бути включені, залежить від того, чи вбачаються у діях, про які повідомила правоохоронному органу особа, ознаки злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369 чи частинами 2–4 ст. 369.

Для документування протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена ч. 1 ст. 369, слідчому недоступні негласні слідчі (розшукові) дії, які можуть бути використані для

фіксування злочинів, передбачених у частинах 2–4 ст. 369, через те, що це злочин середнього ступеню тяжкості. Виходячи з цього, слідчий має можливість після внесення відомостей в ЄРДР оперувати такими **слідчими (розшуковими) та іншими процесуальними діями:**

- допит як свідка службової особи про обставини її зустрічі з особою, яка запропонувала або пообіцяла надати неправомірну вигоду, у зв'язку із необхідністю вчинення чи не вчинення службовою особою яких саме дій та у якій формі була запропонована неправомірна вигода, де, коли та з ким саме буде зустріч службової особи для передачі їй неправомірної вигоди тощо;

- затримання особи після того як службова особа вкаже на неї, що вона надала неправомірну вигоду, та її особистий обшук з вилученням документів, які були передані цій особі службовою особою;

- огляд місця надання неправомірної вигоди з вилученням предмету неправомірної вигоди та документів, які містять відомості про підстави та результати звернення особи, яка надала неправомірну вигоду. Під час такого огляду з предмету неправомірної вигоди обов'язково вилучаються сліди пальців рук та за можливості сліди ДНК. Якщо предмет неправомірної вигоди упакований, то упаковку також обов'язково обробляють відповідними техніко-криміналістичними засобами виявлення слідів пальців рук та вилучають знайдені сліди, а за можливості виявляють та вилучають сліди ДНК;

- допит службової особи як свідка для фіксування обставин надання їй неправомірної вигоди затриманою особою;

- допит затриманої особи як підозрюваної та повідомлення їй про підозру;

- одночасний допит службової особи та підозрюваного у випадках заперечення останнім факту надання неправомірної вигоди;

- обрання запобіжного заходу;

- накладення арешту на вилучений предмет неправомірної вигоди;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК підозрюваного, службової особи, родичів, близьких чи знайомих підозрюваного, щодо яких є підстави вважати про їх причетність до надання неправомірної вигоди;

- призначення дактилоскопічної та експертизи ДНК для підтвердження факту передачі предмету неправомірної вигоди підозрюваним, а також причетності до цього інших осіб;

- додатковий допит підозрюваного з урахуванням результатів проведених ідентифікаційних експертиз.

Залежно від одержаних даних про причетність інших осіб до надання неправомірної вигоди здійснюються слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії, спрямовані на одержання достатніх доказів для повідомлення про підозру.

Значно більше можливостей надає КПК для документування надання неправомірної вигоди, яке підпадає під ознаки, передбачені у частинах 2–4 ст. 369. Тут у розпорядженні слідчого є різноманітний арсенал негласних слідчих (розшукових) дій. До **тактичної операції «Документування надання неправомірної вигоди службовій особі»** можуть бути включені після внесення відомостей до ЄРДР та допиту як свідка службової особи такі **слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії:**

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування службової особи з особою, яка буде надавати неправомірну вигоду. Якщо номер мобільного телефону особи, яка буде надавати неправомірну вигоду, відомий, то здійснюється зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж по цьому номеру для одержання даних про його можливих співучасників;

- аудіо-, відеоконтроль особи, який проводиться разом зі спеціальним слідчим експериментом, для фіксування спілкування між службовою особою та особою, яка надає неправомірну вигоду, щодо уточнення умов надання неправомірної вигоди та факту надання службовій особі неправомірної вигоди;

- спеціальний слідчий експеримент під час якого здійснюється контроль за наданням особою предмету неправомірної вигоди службовій особі;

- затримання особи в порядку ст. 208 КПК та її обшук;

- огляд місця надання неправомірної вигоди;

- проведення обшуку житла чи іншого володіння підозрюваного, місця його роботи для вилучення речей і документів, які мають значення для кримінального провадження;

- допит службової особи як свідка щодо обставин надання їй неправомірної вигоди;

- допити як свідків понятих, які були присутні під час огляду місця події, обшуків;

- повідомлення особі про підозру та її допит;

- одночасний допит свідків та підозрюваного за наявності протиріч у їх показаннях;

- накладення арешту на вилучені під час огляду предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти, які мають значення для кримінального провадження (документи, у яких містяться відомості про звернення особи, яка надала неправомірну вигоду, до службової особи та його результати, тощо), а також матеріальні об'єкти, вилучені під час обшуку та майно підозрюваного, яке може бути піддане конфіскації;

- дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів під час проведених негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 266 КПК);

- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності та процесуальних рішень та протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК підозрюваного, службової особи, родичів, близьких чи знайомих підозрюваного, щодо яких є підстави вважати про їх причетність до надання неправомірної вигоди;

- призначення дактилоскопічної та експертизи ДНК для підтвердження факту передачі предмету неправомірної вигоди підозрюваним, а також причетності до цього інших осіб.

Якщо під час досудового розслідування одержані дані, що особа, яка безпосередньо передає предмет неправомірної вигоди, є посередником, то слідчий та прокурор повинні здійснити процесуальні дії, спрямовані на одержання доказів причетності до злочину особи в інтересах якої діє посередник. Здійснення цього може забезпечити зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж по номеру телефону посередника, спостереження за посередником з метою фіксування його контактів з особою, яка надає неправомірну вигоду, обстеження публічно недоступного місця, житла чи іншого володіння особи, щодо якого є дані про його використання для зустрічей посередника та особи, яка надає неправомірну вигоду, для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи та аудіо-, відеоконтроль особи, а також проведення ідентифікаційної дактилоскопічної або ДНК експертизи. Вкрай важливим для доказування є правильне визначення моменту затримання посередника та особи, які надали неправомірну вигоду службовій особі. Оптимальним є здійснення цього після того, як посередник повідомить особу, на користь якої він діє, про результати надання неправомірної вигоди, або передасть їй документи, одержані від службової особи.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 369 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Алгоритм дій слідчого у цій ситуації аналогічний описаному у методичних рекомендаціях з розслідування злочинів, передбачених ст. 368, щодо документування одержання неправомірної вигоди. Але досудове розслідування на підставі результатів оперативно-розшукової діяльності про надання неправомірної вигоди службовій особі має значно більше труднощів порівняно з ситуацією, коли розслідування починається на підставі оперативно-розшукової інформації про одержання неправомірної вигоди.

Якщо є дані щодо одиничного чи систематичного одержання неправомірної вигоди службовою особою, то можна використати негласних штатних чи позаштатних співробітників для перевірки цих даних. У разі ж одержання даних про наміри особи наданням неправомірної вигоди схилити службову особу до вчинення чи утримання від вчинення певних дій на її користь чи на користь третіх осіб і коли немає даних щодо намірів цієї службової особи одержати таку вигоду можна спробувати звернутися до неї з пропозицією на конфіденційній основі взяти участь у проведенні спеціального слідчого експерименту та інших негласних слідчих (розшукових) дій для документування надання їй неправомірної вигоди.

Якщо службова особа на це погодиться, то може реалізуватися комплекс негласних слідчих (розшукових), слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, наведений щодо попередньої слідчої ситуації у цих методичних рекомендаціях. Але якщо службова особа не погодиться, то можуть виникнути ризики розкриття джерела, з якого оперативний підрозділ, слідчий, прокурор дізналися про готування до надання неправомірної вигоди службовій особі.

3. Про вчинення злочину, передбаченого ст. 369 КК, стало відомо під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій у іншому кримінальному провадженні.

Така ситуація може виникнути під час досудового розслідування тяжкого чи особливо тяжкого злочину, щодо з'ясування обставин якого проводиться зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж чи аудіо-, відеоконтроль особи. Одержання відомостей про готування до надання неправомірної вигоди потребує від слідчого та прокурора звернення із клопотанням до слідчого судді щодо надання дозволу на використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у іншому кримінальному провадженні в порядку ст. 257 КПК. Після одержання такого дозволу вносяться відомості про готування до надання неправомірної вигоди до ЄРДР. Залежно від ступеню тяжкості злочину, передбаченого ст. 369, проводяться процесуальні дії, спрямовані на документування факту надання неправомірної вигоди службовій особі.

4. Про вчинення злочину, передбаченого ст. 369 КК, стало відомо із заяви особи, якій стало відомо про нього від інших осіб.

Така ситуація є складною для доказування обставин події злочину. Якщо заявник повідомив дані про готування до вчинення злочину, передбаченого ст. 369, то може бути проведена тактична операція, спрямована на документування разом з наданням і одержання неправомірної вигоди службовою особою. Якщо ж заявник повідомляє про надання неправомірної вигоди службовій особі конкретною особою, яке вже відбулося, це є вкрай несприятливим для досудового розслідування. Доказування такого факту надання-одержання неправомірної вигоди має йти шляхом дослідження законності та обґрунтованості прийняття рішення чи здійснення дій службовою особою на користь особи, щодо якої є дані про надання нею неправомірної вигоди, у взаємозв'язку з пошуком матеріальних об'єктів, які могли бути передані цією особою як неправомірна вигода, або документів, які засвідчують надання службовій особі, її близьким, іншим пов'язаним з нею особам, наприклад, послуг матеріального характеру, які не були оплачені ними, пільг, право на які вони не мали, тощо.

В першу чергу, здійснюється детальний допит заявника як свідка щодо відомих йому обставин злочину, передбаченого ст. 369. Для перевірки одержаних даних можуть бути здійснений тимчасовий доступ до документів, які підтверджують факт зустрічі особи, щодо якої повідомлено про надання нею неправомірної вигоди, зі службовою особою, а також до документів, які відображають прийняті службовою особою рішення та вчинені дії, спрямовані на їх реалізацію. Ці рішення та дії службової особи мають аналізуватися на предмет їх відповідності вимогам законодавства, яке визначає порядок діяльності службової особи.

З цією метою можна не тільки звернутися за консультаціями до фахівців, а й допитати їх як свідків, звернутися за офіційними роз'ясненнями щодо процедури розгляду та прийняття рішень службовими особами до вищого органу державної влади чи управління. Слідча практика свідчить, що нечітка нормативно-правова регламентація порядку діяльності державних органів, дискреційність повноважень службової особи, діяльність якої досліджується, суттєво ускладнюють виявлення порушень процедури розгляду та прийняття рішення службовою особою. Це може виступити в якості одного з ключових фактів для викриття її в подальшому у одержанні неправомірної вигоди.

За наявності підстав для вилучення документів, а також матеріальних об'єктів, які могли виступати предметом неправомірної вигоди, документів, які засвідчують факт надання службовій особі третім особам, які пов'язані зі службовою особою, послуг, пільг тощо може бути здійснений обшук на робочому місці службової особи та особи, щодо якої є дані про надання нею неправомірної вигоди, а також у їх житлі чи іншому володінні.

Якщо під час обшуку вилучені гроші, цінності чи інші матеріальні об'єкти, які могли бути предметом неправомірної вигоди, то з них необхідно за можливості вилучити сліди пальців рук або сліди ДНК, які могли бути залишені особою, щодо якої є дані про надання нею неправомірної вигоди. При вилученні таких слідів одержуються відповідні зразки для дактилоскопічної експертизи або експертизи ДНК та призначається їх проведення.

Якщо службова особа відноситься до числа суб'єктів декларування, то дані декларацій порівнюються з кількістю грошових коштів, матеріальними цінностями, які були виявлені під час обшуку її службового кабінету, житла чи іншого володіння. У разі виявлення різниці ця обставина повинна бути досліджена. Результати дослідження можуть бути як використані для викриття осіб у наданні та одержані неправомірної вигоди, так і стати підставою для початку кримінального провадження за незаконне збагачення (у разі нової криміналізації цього діяння після 26 лютого 2019 р.).

Коли одержані фактичні дані про те, що службовій особі чи іншим, пов'язаним з нею особам, надані безпідставні переваги, пільги, неоплачені ними послуги тощо, то здійсненням тимчасових

доступів до речей чи документів або обшуків у юридичних осіб, допитом їх службових осіб, інших співробітників з'ясовуються обставини надання цих переваг, пільг, послуг. Результати здійснення цих процесуальних дій мають бути оцінені на предмет достатності доказів для повідомлення про підозру особі, яка надала, та службовій особі, яка одержала неправомірну вигоду.

3.7. Зловживання впливом (ст. 369-2 КК)

(В. Навроцький)

Історія криміналізації зловживання впливом в Україні та дія статей про зловживання впливом у часі.

Кримінальна відповідальність за зловживання впливом існувала в Україні віддавна – такі дії охоплювалися статтями КК про отримання та давання хабара (статті 368 та 369). Тому доповнення КК ст. 369-1 «Зловживання впливом» згідно із Законом від 11 червня 2009 р. №1508-VI означало не встановлення відповідальності за такі дії, а виділення їх у спеціальну статтю. Вона була чинною лише з 1 по 5 січня 2011 р. Проте, будучи статтею, яка передбачала меншу карність відповідних дій, отримала зворотну дію. Всі діяння, які полягали у зловживанні впливом та були вчинені по 5 січня 2011 р. включно, підлягали перекваліфікації на ст. 369-1, якщо вони були раніше кваліфіковані за статтями про «хабарництво».

В період з 5 січня до 1 липня 2011 р. в Україні не діяла окрема стаття КК, що передбачала б відповідальність за зловживання впливом – відповідні дії знову охоплювалися статтями про «хабарництво». З 1 липня 2011 р. набрала чинності ст. 369-2 «Зловживання впливом», введена законом від 7 квітня 2011 р. №3207-VI, яка, зі змінами, діє дотепер. Ця стаття передбачає спеціальну норму щодо норм про «хабарництво», встановлює менш суворе покарання та також має зворотну дію щодо посягань, вчинених у період до 1 липня 2011 р.

Всі посягання, які полягають у зловживанні впливом, вчинені після 1 липня 2011 р., підлягають кваліфікації за ст. 369-2 у редакції, яка діяла на час вчинення відповідних дій.

Деякі особливості злочину, передбаченого ст. 369-2 КК.

Стаття 369-2 складається з трьох частин. Частини 1 та 2 цієї статті передбачають **три основних (простих) склади** злочинів. Вони відрізняються між собою діяннями, які становлять об'єктивну сторону відповідних посягань. Так, відповідальність встановлена:

- у ч. 1 ст. 369-2 – за підкуп (коли особа пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду) з метою впливу на поведінку особи, уповноваженої на виконання функцій держави;
- у ч. 2 ст. 369-2 – за прийняття підкупу (коли особа приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду) з тією ж метою;
- у ч. 2 ст. 369-2 – за висловлення пропозиції чи обіцянки у разі надання їй неправомірної вигоди здійснити вплив на поведінку особи, уповноваженої на виконання функцій держави;
- у ч. 3 ст. 369-2 – за вимагання неправомірної вигоди. Це **кваліфікований склад** злочину щодо другого із вказаних вище простих складів злочину.

Склади злочинів, передбачені ст. 369-2 КК, як елементи системи підкупу.

З наведеного вище випливає, що ст. 369-2 становить юридичну конструкцію, яка аналогічна «хабарництву» – містить норми про відповідальність як за «активний», так і за «пасивний» підкуп. Проте, на відміну від складів злочинів, які передбачають відповідальність за «хабарництво», конституюючи ознаки складів злочинів про зловживання впливом викладені в різних частинах однієї статті Особливої частини КК – ст. 369-2.

Відповідні посягання взаємопов'язані між собою, вони утворюють обов'язкову (необхідну) співучасть, що передбачає:

- вчинення «пасивного» підкупу обумовлене діями, які становлять підкуп «активний» (отримання неправомірної вигоди має місце тоді, коли відбувається надання такої вигоди тощо). Відповідно, відповідальність одного учасника оборудки, спрямованої на зловживання впливом, передбачає відповідальність й іншого учасника;
- наявність спільних чи взаємопов'язаних ознак, встановлення яких щодо одного зі складів злочинів, означає, що така ознака є і щодо іншого складу злочину. Це, зокрема: а) неправомірна

вигода, яка є предметом одержання неправомірної вигоди і, водночас, засобом підкупу при її наданні; б) прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, – становить кінцеву мету дій особи, яка надає неправомірну вигоду, та складову діяння (прийняття пропозиції, обіцянки, одержання неправомірної вигоди, а також пропозиції чи обіцянки здійснити вплив) особи, яка буде здійснювати вплив; в) пропозиція/прийняття пропозиції, обіцянка/прийняття обіцянки; надання неправомірної вигоди/одержання такої вигоди;

- терміни, які використовуються в диспозиціях відповідних частин ст. 369-2, мають однаковий зміст;

- відсутність підстав притягнення до кримінальної відповідальності одного з учасників вказаної співучасті означає, що не підлягає відповідальності й інший учасник співучасті (відсутність спільної чи взаємопов'язаної ознаки щодо одного із складів злочинів означає її відсутність і щодо іншої ознаки).

Для усіх аналізованих злочинів характерними є те, що посягання полягають у діях, принаймні двох осіб, спрямованих на те, щоб схилити до відповідної поведінки третю особу – уповноважену на виконання функцій держави. При цьому:

1) ***Особа_1*** здійснює підкуп (чи спонукається до підкупу, коли їй пропонують чи обіцяють здійснити вплив за неправомірну вигоду або ж таку вигоду вимагають від неї). Вона має зацікавленість у відповідній поведінці особи, уповноваженої на виконання функцій держави (Особи_3);

2) ***Особа_2*** – та, яка буде використовувати свій вплив на особу_3 та отримує за це неправомірну вигоду сама чи для третьої особи, або, принаймні, пропозицію, обіцянку такої вигоди. Ця ж особа може вчиняти активні дії, спрямовані на те, щоб «продати» свої можливості впливу – сама висуває пропозицію чи обіцянку здійснити вплив. Таку особу умовно можна назвати «посередником», який повинен поєднати інтереси Особи_1 та Особи_3;

3) ***Особа_3*** – уповноважена на виконання функцій держави, від якої очікується прийняття рішення в інтересах Особи_1. При цьому сама Особа_1 не є учасником відносин, вона може навіть не бути поінформованою про намір використання її службових можливостей, її поведінка перебуває поза межами складу вказаних злочинів. У цьому, зокрема, полягає відмінність аналізованого злочину від «хабарництва», для якого характерна мета добитися дій на користь «хабародавця» від службової особи, на яку безпосередньо здійснюється корупційний вплив (тими ж діями, які є ознакою складу і зловживання впливом – обіцянка, пропозиція неправомірної вигоди чи її надання).

Для розуміння зв'язків між вказаними особами та виділення обов'язкових ознак складів злочинів, передбачених ст. 369-2, доцільно звернутися до схем, наведених нижче.

Таблиця 16. **Схеми вчинення злочинів, передбачених ст. 369-2 КК.**

Перший простий склад злочину.		
Підкуп «посередника» (пропозиція, обіцянка або надання йому неправомірної вигоди).	Мета проміжна: спонукати посередника до використання свого впливу.	Мета кінцева: досягти прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.
Другий простий склад злочину.		
Прийняття підкупу «посередником» (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди).	Мета того, хто здійснює підкуп: досягти прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	Мета «посередника»: одержання неправомірної вигоди.
Третій простий склад злочину.		
Ініціатива «посередника» щодо його підкупу (пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання вигоди).	Мета того, хто здійснює підкуп: досягти прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	Мета «посередника»: одержання неправомірної вигоди.
Кваліфікований (щодо другого простого) склад злочину.		
Вимагання вигоди за зловживання впливом.	Мета того, хто здійснює підкуп: досягти прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	Мета «посередника»: одержання неправомірної вигоди.

Обов'язкові ознаки складів злочинів, передбачених ст. 369-2 КК.

Виділені вище склади злочинів (три простих та один кваліфікований) характеризується кожен своєю сукупністю ознак. При цьому конститутивні (вказані в диспозиціях відповідних частин ст. 369-2) можуть бути такими, що збігаються, взаємопов'язаними, або ж відрізнятися. Ознаки складів цих злочинів, обов'язковість яких випливає з положень Загальної частини КК, збігаються за назвами, проте мають специфіку щодо свого змісту.

Таблиця 17. **Обов'язкові ознаки складів злочинів, які охоплюються поняттям «Зловживання впливом».**

Частина ст. 369-2 КК та вид складу злочину	**Обов'язкові конститутивні ознаки**		**Обов'язкові ознаки, наявність яких випливає з Загальної частини КК**
	Назва ознаки	**Вказівка на ознаку в диспозиції відповідної частини ст. 369-2 КК**	
Частина 1 – перший простий	Діяння	Пропозиція, обіцянка, надання (неправомірної вигоди) особі, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за таку вигоду або за надання такої вигоди третій особі.	Об'єкт. Загальні ознаки суб'єкта (особа фізична, досягнення 16-річного віку, осудність). Вина у формі умислу.
	Засіб	Неправомірна вигода.	
	Мета	Вплинути на прийняття рішення Особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	
Частина 2 – другий простий	Діяння	Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання (неправомірної вигоди для себе чи для третьої особи).	
	Предмет	Неправомірна вигода.	
	Мета (Особи_1 – того, хто здійснює підкуп)	Здійснення впливу за прийняття рішення Особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	
	Мета (Особи_2 – «посередника»)	Одержання неправомірної вигоди.	
Частина 2 – третій простий	Діяння	Пропозиція чи обіцянка здійснити вплив.	
	Мета (Особи_2 – «посередника»)	Одержання неправомірної вигоди.	
	Мета (Особи_1 – того, хто здійснює підкуп).	Досягти прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	
Частина 3 – кваліфікований	Предмет	Неправомірна вигода.	
	Діяння (яке ознакою другого основного складу злочину)	Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання (неправомірної вигоди для себе чи для третьої особи).	
	Діяння (яке є кваліфікуючою ознакою)	Вимагання.	
	Мета (Особи 1)	Досягти прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.	
	Мета (Особи_2 – «посередника»)	Одержання неправомірної вигоди.	

Оскільки більшість ознак складів злочинів, передбачених ст. 369-2, збігається або взаємопов'язана, то окремо кожна з них характеризуватися не буде.

Об'єкт зловживання впливом.

Об'єкт зловживання впливом, загалом, не відрізняється від об'єкта «хабарництва». Його також порушують взаємопов'язані дії особи, яка здійснює підкуп (Особи_1), і того, хто буде здійснювати протиправний вплив (Особа_2). Цей об'єкт – складний, оскільки посягання спрямоване водночас проти двох обов'язкових об'єктів: 1) відносин з приводу використання службових повноважень особами, уповноваженими на виконання функцій держави на засадах неупередженості; 2) відносин, які виникають у зв'язку з безпідставним протиправним збагаченням винного[1].

Як і щодо «хабарництва», об'єкт зловживання впливом порушується як тоді, коли фактично відбувся вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, так і тоді, коли такого впливу фактично не було. Диспозиції усіх частин ст. 369 сформульовані так, що здійснення впливу на Особа_3 перебуває поза межами складів передбачених нею злочинів, а протиправне збагачення може бути лише метою дій винного (коли дії Особи_1 обмежилися лише пропозицією чи обіцянкою неправомірної вигоди чи коли Особа_2 не отримала позитивної для себе відповіді на власну пропозицію чи обіцянку здійснити вплив за надання неправомірної вигоди або ж вчинили вимагання неправомірної вигоди).

Поза межами аналізованого складу злочину перебуває фактичне здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави – адже відповідальність встановлена за вплив. Тобто, йдеться про посягання, в якому сам вплив є метою того, хто здійснює підкуп – Особи_1 та обіцянкою Особи_2. Складом злочину, передбаченого ст. 369-2 (зокрема, його об'єктом), не охоплюється вчинення інших кримінально-караних діянь під час зловживання впливом (коли вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, здійснюється шляхом виконання посягань, які становлять окремі склади злочинів). Скоєне у таких випадках слід кваліфікувати як сукупність відповідних злочинів.

У зв'язку з визначенням наявності/відсутності порушення об'єкта цього злочину відбувається кримінально-правова кваліфікація певних ситуацій, пов'язаних з неправомірним впливом, які відображені у Таблиці 18.

Таблиця 18. **Кримінально-правова кваліфікація залежно від певних ситуацій.**

Правозастосовна ситуація	Кримінально-правова кваліфікація дій Особи_1	Кримінально-правова кваліфікація дій Особи_2
Особа_1 пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду Особі_2, яка повинна здійснити вплив на Особу_3 шляхом передачі їй неправомірної вигоди. Особа_2 виконує такі дії.	Частина 1 ст. 369-2, ч. 4 ст. 27 – відповідна частина ст. 369.	Відповідна частина ст. 369.
Особа_1 просить Особу_2 здійснити вплив на прийняття рішення Особою_3 без будь-якої неправомірної вигоди (наприклад, зі співчуття, приятельських стосунків, в розрахунку на зворотну допомогу у вирішення життєвих проблем). Особа 2 здійснює вплив.	Частина 4 ст. 17 – відповідна частина ст. 343 (або 344).	Відповідна частина ст. 343 (або 344).
Особа_2 пропонує чи обіцяє здійснити вплив за вигоду, отримує вигоду без наміру вчинення будь-яких дій та привласнює відповідні цінності.	Частина 1 ст. 369-2.	Частина 2 ст. 369-2. Шахрайство відсутнє з підстав, наведених при аналізі відповідної ситуації щодо «хабарництва».
Особа_2, крім вчинення дій, описаних у ст. 369-2, фактично схиляє Особу_3 до вчинення правомірних дій шляхом використання лише свого впливу.	Частина 1 ст. 369-2.	Частина 2 ст. 369-2. Схиляння до правомірних дій (якщо це не пов'язане з «хабарництвом») не становить іншого складу правопорушення.

[1] Див. примітку наукового редактора до тексту автора щодо об'єкта злочину, передбаченого ст. 368 КК.

Особа_2, крім вчинення дій, описаних у ст. 369-2, схиляє Особу_3 до вчинення неправомірних дій шляхом використання лише свого впливу.	Залежно від фактично вчинених дій.	Частина 2 ст. 369-2. Якщо Особа 2 вчиняє це посягання шляхом зловживання владою або службовим становищем то скоєне додатково кваліфікується за ч. 1 (ч. 2) ст. 364.
Особа_2, крім вчинення дій, описаних у ст. 369-2, схиляє Особу_3 до вчинення правомірних дій шляхом передачі їй частини неправомірної вигоди.	Залежно від фактично вчинених дій.	Частина 2 ст. 369-2; ч. 1 (частини 2–4) ст. 369.
Особа_2, крім вчинення дій, описаних у ст. 369-2, схиляє Особу_3 до вчинення неправомірних, зокрема злочинних, дій шляхом передачі їй частини неправомірної вигоди.	Залежно від фактично вчинених дій.	Частина 2 ст. 369-2; ч. 1 (частини 2–4) ст. 369. Якщо Особа 2 вчиняє це посягання шляхом зловживання владою або службовим становищем, то скоєне додатково кваліфікується за ч. 1 (ч. 2) ст. 364.
Особа_2 висловлює Особі_1 пропозицію чи обіцянку здійснити вплив на Особу_3 з метою прийняття бажаного рішення, проте Особа_2 відмовляється від такого «сприяння».	Відсутній склад будь-якого злочину.	Частина 2 ст. 15 і ч. 2 ст. 369-2.
Особа_2 вимагає від Особи_1 надати неправомірну вигоду за вплив на прийняття рішення Особою_3, проте Особа_1 відмовляється це зробити.	Відсутній склад будь-якого злочину.	Частина 2 ст. 15 і ч. 3 ст. 369-2.

«Неправомірна вигода» як предмет та засіб злочину «Зловживання впливом».

Поняття «***неправомірна вигода***» розкрите у п. 2 примітки до ст. 354. Але немає підстав вважати, що це законодавче визначення обмежується лише злочином, передбаченим ст. 354. Навпаки, воно має наскрізний характер і фактично поширюється на всі статті КК, де використано термін «неправомірна вигода», включаючи ст. 369-2, оскільки:

- стосується подібних суспільних відносин;
- відповідальність передбачена за вчинення щодо (чи з приводу) неї однакових діянь.

Отже, поняття неправомірної вигоди не має якогось автономного тлумачення щодо злочину «Зловживання впливом». Слід лише звернути увагу, що в ст. 369-2 (як і в ст. 369) відповідальність не диференціюється залежно від розміру такої вигоди. Щодо визнання зловживання впливом малозначним і застосування ч. 2 ст. 11 КК у зв'язку з явно незначним, мізерним розміром неправомірної вигоди, завдяки якій досягнуто бажаної поведінки особи, яка у свою чергу впливає на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, слід враховувати положення, сформульовані вище щодо злочину, передбаченого ст. 368. Тобто, значення має не сам по собі розмір неправомірної вигоди, а те, наскільки вона обумовила поведінку інших осіб.

Якщо предметом чи засобом неправомірно вигоди були предмети, здобуті злочинним шляхом чи незаконне поводження з якими становить окремі склади злочинів, то скоєне слід кваліфікувати за сукупністю з іншими статтями КК (статті 198, 263, 307, 309), керуючись засадами, викладеними вище при аналізі статей 368, 369.

Діяння як ознака об'єктивної сторони зловживання впливом.

Ознакою об'єктивної сторони зловживання впливом є діяння, які вчинюються щодо (з приводу) неправомірної вигоди:

1) пропозиція;
2) обіцянка;
3) надання;
4) прийняття пропозиції;
5) прийняття обіцянки;
6) одержання;

7) пропозиція здійснити вплив за надання;

8) обіцянка здійснити вплив за надання.

Саме за діяннями виділяються види простих складів злочинів, передбачених ч. 1 та ч. 2 ст. 369-2. Зміст же термінів, якими позначені такі діяння, як «пропозиція» та «обіцянка» неправомірної вигоди (а, відповідно, і їх прийняття як взаємопов'язаних дій) розкрито в п. 3 примітки до ст. 354.

Суб'єкт зловживання впливом. Проблема встановлення поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави», та його значення в системі ознак складу злочину «Зловживання впливом».

При вчиненні злочинів, передбачених ст. 368 та ст. 369, діяння безпосередньо спрямоване від «хабародавця» до «хабарника» чи навпаки. Що ж до злочину «Зловживання впливом», то відповідна поведінка спрямована щодо третьої особи – особи, уповноваженої на виконання функцій держави. Утім, сама така особа (Особа_3) фактично перебуває у становищі, яке характеризується поняттям – «поза межами складу злочину». Тобто, її власні дії не охоплюються ст. 369-2, і цілком можливо, що вона навіть не здогадується про те, що інші особи розраховують на її сприяння чи обіцяють його. Відповідна майбутня поведінка Особи_3 є і метою дій Особи_1, і обіцянкою з боку Особи_2. Тому є підстави вважати дії щодо такої особи характеристикою суб'єктивної сторони цього злочину. Водночас, це поняття характеризує і діяння при зловживанні впливом як з боку того, хто здійснює підкуп (Особа_1), так і з боку особи, яка використовує (має використати) свій вплив (Особа-2).

На перший погляд, визначення змісту цього поняття не повинно викликати жодних труднощів – адже воно витлумачене у примітці до статті «Зловживання впливом». Насправді ж проблема існує і вона викликана тим, що примітка до ст. 369-2 містить **посилання на скасований закон**[1]. У зв'язку з цим в теорії і на практиці висловлюються різноманітні міркування, серед яких і такий, що ця стаття є фактично недіючою, такою, яку не можливо застосувати, оскільки не можна адекватно визначити зміст одного з понять, яке вказується у тексті диспозицій всіх частин ст. 369-2.

Такий підхід видається неприйнятним з огляду на наступне:

- кожна складова статті Особливої частини КК (її номер і назва, диспозиції та санкції окремих частин, примітки) взаємопов'язані між собою і, водночас, відносно автономні. При цьому ознаки забороняючої кримінально-правової норми та відповідні ознаки складу злочину – викладені лише в диспозиції статті;

- примітка є складовою статті, яка лише додатково роз'яснює її зміст. Вона не містить вказівку на обов'язкові ознаки складу злочину – такі ознаки вказуються лише в диспозиції статті. Сама по собі примітка не визначає підстави кримінальної відповідальності, вона лише допомагає правильно застосувати диспозицію статті КК;

- примітка до ст. 369-2 фактично не підлягає застосуванню, оскільки містить вказівку на нечинний закон. Проте це не означає нечинності цієї статті взагалі;

- фактична нечинність примітки до ст. 369-2 означає, що диспозиції цієї статті повинні застосовуватися без врахування змісту примітки. Зміст відповідних кримінально-правових понять належить встановлювати на загальних засадах;

- більшість статей Особливої частини КК взагалі не містять приміток, що не перешкоджає встановленню змісту викладених у цих статтях понять та їх застосуванню.

Таким чином, забороняючі кримінально-правові норми, викладені в диспозиціях окремих частин ст. 369-2, можуть бути застосовані і без наявності дефінітивної кримінально-правової норми, яка може міститися в примітці до статті Особливої частини КК.

При встановленні змісту використаного в ст. 369-2 поняття «***особа, уповноважена на виконання функцій держави***», а також рішень, які вона приймає, потрібно мати на увазі таке:

а) щодо ст. 369-2 не можна механічно застосовувати тлумачення вказаного поняття, яке було наявним у п. 1 примітки до ст. 368-2 (в її редакції станом на 25 лютого 2019 р.). Адже зміст відповідних понять не збігається: особа, уповноважена на виконання функцій держави *та місцевого самоврядування* (ст. 368-2), і особа, уповноважена на виконання функцій держави (ст. 369-2);

---

[1] Вказане поняття роз'яснене у примітці до ст. 369-2 КК шляхом вказівки на те, що особами, уповноваженими на виконання функцій держави, є особи, визначені у пунктах 1-3 частини першої статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». Цей закон втратив чинність у зв'язку з введенням в дію з 26.04.2015 р. Закону України від 14.10.2014 р. №1700-VII «Про запобігання корупції» (Прикінцеві положення, п. 1 ст. 4). Законодавець же, незважаючи на неодноразові зміни антикорупційних статей КК, так і не привів у відповідність законодавчі новели зі змістом примітки до ст. 369-2 КК.

б) чинною правовою нормою, яка містить визначення поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави», є пункт 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 р. Ця норма має бути взята за основу при визначенні змісту цього поняття в порядку субсидіарного застосування правових норм;

в) у підпунктах «б», «в», «и» п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» вказуються також особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування. Вони не відносяться до кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави. Відповідно, зловживання впливом задля прийняття рішення такими особами не охоплюється ст. 369-2;

г) до кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави, відповідно, з єдино прийнятним в кримінально-правовій сфері буквальним тлумаченням правових норм (а не поширювальним чи обмежувальним), не відносяться особи, вказані в інших пунктах ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», зокрема: особи, які прирівняні до тих, які виконують функції держави (п. 2 ч. 1 ст. 3); особи, які займають відповідні посади у юридичних особах приватного права або які виконують роботи або надають послуги відповідно до договору (п. 3 ч. 1 ст. 3); кандидати на відповідні посади (п. 4 ч. 1 ст. 3); фізичні особи, вказані у п. 5 ч. 1 ст. 3.

Таким чином, фактична нечинність примітки до ст. 369-2 веде до обмеження кола осіб, вплив на прийняття рішення якими тягне за собою кримінальну відповідальність, порівняно з тим, як це мало місце раніше, коли відповідний закон (і ця примітка) ще діяли. Проте, це не означає неможливість застосування цієї статті.

З викладеного вище випливає, що склади злочинів, передбачених цією статтею, характеризуються **двома видами суб'єктів:**

1) особа, яка здійснює підкуп (Особа_1) та в інтересах якої має прийняти рішення особа, уповноважена на виконання функцій держави. Така особа є суб'єктом першого простого складу злочину (ч. 1 ст. 369-2);

2) особа, яка за неправомірну вигоду пропонує або погоджується здійснити відповідний вплив (Особа_2). Це суб'єкт другого і третього простих складів злочинів та суб'єкт кваліфікованого складу злочину (ч. 2 та ч. 3 ст. 369-2).

У диспозиції всіх частин ст. 369-2 відсутня вказівка щодо суб'єкта передбачених ними складів злочину. При цьому, в теорії і на практиці немає сумнівів, що перший із названих видів суб'єктів (за ч. 1 ст. 369-2) – загальний, ним є фізична особа, яка досягла 16-річного віку (відповідно до ст. 22) та є осудною.

Водночас, дискусійним є питання, **загальним чи спеціальним є другий із таких суб'єктів** (за ч. 2 та ч. 3 ст. 369-2)?

Відносно поширеною є думка, згідно з якою такий суб'єкт зловживання впливом є спеціальним – це особа, яка наділена також ознакою (ознаками), що вказує на наявність у того, хто зловживає впливом (Особа_2), можливості спонукати особу, уповноважену на виконання функцій держави, до прийняття певного рішення. Це означає, що між цими особами є специфічні відносини, які дозволяють переконати діяти певним чином, обумовити поведінку, свідчать про вагу думки, авторитет, здатність вносити зміни у діяльність іншої особи. Крайнім виразом цієї позиції є визнання суб'єктом зловживання лише службової особи, яка використовує для впливу свій посадовий статус та повноваження, авторитет посади чи органу тощо.

Висловлюється також протилежна думка, що таким суб'єктом може виступати будь-яка особа, тобто, що він – загальний.

Правозастосовна практика з цього питання неоднозначна.

> *Так, Касаційний кримінальний суд ВС у постанові від 22.02.2018 р. відзначив, що «суб'єктом цього злочину є будь-яка особа, при цьому специфікою таких осіб є те, що вони, не маючи статусу службової особи, мають реальну можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави»[1]. І, навпаки, той же суд, щоправда іншим складом суддів, у постанові від 26.06.2018 р. констатував: «Існування неслужбових та родинних зв'язків, дружніх, добрих міжособистісних відносин між Особа_2 та посадовою особою митниці*

[1] Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22.02.2018. У кримінальному провадженні, внесеному до ЄРДР №12016240000000026. Справа №686/8714/16-к, провадження №51-327 км 18.

в розумінні ст. 369-2 КК не може бути ознакою суб'єкта зловживання впливом»[1]. Тому суд відхилив посилання сторони обвинувачення на наявність у Особа_2 добрих відносин із певними працівниками митного посту завдяки їхній тривалій співпраці, розташування їхнього місця роботи в одній адміністративній будівлі та на наявність знайомих і друзів, серед яких він користується повагою як на підставу інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК.

Як і в інших аналогічних ситуаціях, важливо виділити аргументи, які обґрунтовують ту чи іншу позицію, та визначити, які із них переважають.

Таблиця 19. **Аргументи на користь різних позицій.**

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, спеціальний: аргументи	**Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, загальний: аргументи**
Вплив, який здійснює чи намагається здійснити «стороння» особа – загальний суб'єкт, є малозначним.	Відсутність будь-яких вказівок з приводу суб'єкта цього злочину у КК.
У п. 3 примітки до ст. 354 при розкритті змісту понять «пропозиція» та «обіцянка» неправомірної вигоди (які є ознаками і цього складу злочину) вказується, що адресатом такої вигоди виступають лише: а) працівники підприємства, установи, організації; б) особи, які надають публічні послуги; в) службові особи.	Пункт 3 примітки до ст. 354 прямо не поширюється на ст. 369-2.
	В міжнародно-правових актах, які послужили підставою доповнення КК статтею про зловживання впливом та які оцінюють цю законодавчу новелу, вказується, що суб'єктом зловживання впливом може бути будь-яка особа1.
	Фактична можливість здійснення неправомірного впливу залежить від індивідуальних стосунків між людьми, а не від їх соціального і правового статусу.

Таким чином, доводи на користь позиції, згідно з якою суб'єкт злочину «Зловживання впливом» загальний, є не лише більш численними, а й більш переконливими.

Те, що за частинами 2, 3 ст. 369-2 може нести відповідальність будь-яка фізична особа, що досягла 16-річного віку та є осудною (тобто, загальний суб'єкт), не виключає, що суб'єктом цього злочину може бути й особа, яка виконує передбачені цими частинами ст. 369-2 дії, з використанням свого службового становища, тобто службова особа. При цьому виникає питання про співвідношення цього злочину з посяганням, передбаченим ст. 368 та ст. 369. Адже статті 368, 369 та 369-2 містять низку ознак, які збігаються навіть текстуально. Водночас, низка цих ознак відрізняється за змістом та обсягом.

Співвідношення статей про зловживання впливом (ст. 369-2 КК) і «хабарництво» (статті 368 та 369 КК).

Склади злочинів, передбачених вказаними статтями, можуть перебувати у співвідношенні: а) суміжних – тоді вони підлягають розмежуванню між собою за розмежувальними ознаками (ознаками, які не збігаються); б) конкуруючих – у такому випадку потрібно встановлювати вид конкуренції та керуватися правилами кваліфікації скоєного з його урахуванням. При цьому, розмежувальні ознаки існують (виникають) від моменту введення до КК статті Особливої частини чи доповнення нею КК. Конкуренція ж виникає лише щодо конкретної правозастосовної ситуації тоді, коли розмежування

---

[1] Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22.02.2018. У кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за №42014100000001106,

[2] Див.: а) ст. 18 Конвенції ООН проти корупції від 31.10.2003 р. «Зловживання впливом» передбачає, що таке посягання полягає у відповідних діяннях державної посадової особи чи будь-якої іншої особи; б) «Оціночний звіт по Україні», затверджений на 52 пленарному засідання 21.10.2011 р. Групою держав по боротьбі з корупцією (GRECO) містить твердження, що суб'єктом зловживання впливом за ст. 369-2 КК може бути будь-яка особа, незалежно від того, чи є вона службовою.

провести неможливо у зв'язку з тим, що ознаки, за якими воно може проводитися, збігаються (в інших випадках – коли вони взагалі відсутні).

Розмежування між складами злочинів проводиться тоді, коли статті Особливої частини КК, які їх передбачають, містять не лише такі, що збігаються, а й розмежувальні ознаки. Щодо злочинів, передбачених статтями 368, 369, з одного боку, та відповідними частинами ст. 369-2, з іншого боку, відмінність полягає у тому, що «хабарництво» має на меті вчинення діяння в інтересах «хабародавця» службовою особою особисто, а при зловживанні впливом:

- це діяння має виконувати Особа_3 – особа, уповноважена на виконання функцій держави, а не будь-яка публічна службова особа;

- підкуп здійснюється не прямо щодо службової особи, від якої очікується відповідне діяння, а щодо своєрідного посередника (та ним приймається), яким виступає Особа_2;

- посередник повинен вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави (Ообу_3).

Тому, коли посередником (Особою_2) є загальний суб'єкт (не службова особа), то скоєне кваліфікується за відповідними частинами ст. 369-2. Тобто, між складами злочинів, передбачених аналізованими статтями КК, розмежування проводиться за суб'єктом.

У тому ж разі, коли посередником (Особою_2) є службова особа, яка має здійснити вплив з використанням наданих їй службових повноважень, діяння одночасно охоплюються і статтями 368, 369, і ст. 369-2. Тобто, якщо неправомірну вигоду одержує службова особа за подальше зловживання своїм впливом на особу, уповноважену на виконання функцій держави, то виникає конкуренція вказаних статей КК. Адже діяння, які полягають у пропозиції, обіцянці або наданні неправомірної вигоди, у прийняття пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди, її одержанні або проханні надати таку вигоду за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає цю вигоду чи в інтересах третьої особи (зокрема, якщо ці інтереси полягають у намаганні досягти прийняття певного рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави), охоплюються відповідними частинами як статей 368 та 369, так і ст. 369-2. Наявність ознак складів злочинів, які збігаються (неправомірна вигода як предмет або засіб їх вчинення; пропозиція/прийняття пропозиції, обіцянка/прийняття обіцянки, надання/одержання як злочинне діяння; службова особа як обов'язковий або можливий учасник підкупу), стає підставою того, що виникає конкуренція між вказаними статтями – коли діяння одночасно охоплюється двома чи більше статями Особливої частини КК та коли вони одночасно претендують на застосування[1].

Така конкуренція повинна вирішуватися з врахуванням загальновизнаних положень про співвідношення кримінально-правових норм (чи, за іншою термінологією, співвідношення статей закону про кримінальну відповідальність) та правил подолання конкуренції. Ці правила різняться залежно від типу співвідношення статей та передбачених ними норм і складів злочинів. Щодо цієї ситуації можна і потрібно вести мову про співвідношення загальної і спеціальної норм та використання правила, згідно з яким пріоритет надається спеціальній нормі. У цьому випадку загальними є норми, які передбачені ст. 368 та ст. 369, а спеціальною – норма про зловживання впливом.

Будь-яка кримінально-правова норма сама по собі не може мати статусу ні загальної, ні спеціальної. Такою вона стає лише у співставленні з іншою кримінально-правовою нормою, яка є або більш широкою за колом охоплюваних діянь (загальною), або ж менш широкою, такою, яка охоплює лише частину з того, що охоплює загальна норма (спеціальною). Таким чином, норми, передбачені ст. 368 та ст. 369, стали загальними щодо норми, передбаченої ст. 369-2, лише після того, як законодавець частину діянь, які раніше ними охоплювалися (одержання неправомірної вигоди для себе за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція чи обіцянка здійснити такий вплив за надання такої вигоди, а також пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди з такою ж метою), виділив у самостійну статтю Особливої частини КК «Зловживання впливом». Причому, про наявність співвідношення загальної та спеціальної норм може вести мову лише щодо конкретної правозастосовної ситуації.

---

[1] Класичним прикладом такої конкуренції є загальновідома в Україні справа колишнього голови Львівського апеляційного адміністративного суду І. Зварича. Він був засуджений за отримання вигоди за винесення суддями цього суду рішень на користь «хабародавців». При цьому сам Зварич до складу судових колегій не входив і не брав участі у винесенні рішень. Свій же вплив на суддів міг здійснювати як голова суду, – використовуючи свій службовий статус та авторитет, якими користувався, перебуваючи на вказаній посаді. За такі діяння Зварича було засуджено за ст. 368 КК (у період вчинення інкримінованих йому дій у КК ще не було статті «Зловживання впливом»).

Існування між відповідними кримінально-правовими нормами співвідношення загальної та спеціальної можна визначити за допомогою **тесту** – потрібно уявити (створити модель), що спеціальної норми, яка зараз передбачає відповідні діяння, не існує. Якщо ці діяння будуть охоплюватися іншою, більш широкою за змістом нормою, то вона є загальною щодо іншої, а ця «неіснуюча», спеціальною. Важливо, що при визначенні того, яка стаття передбачає загальну норму, а яка спеціальну, не має значення співвідношення їх санкцій – у КК законодавець нерідко у спеціальній нормі послаблює, а не посилює, відповідальність.

З низки положень, які стосуються поставленого питання, ключовим є те, за якими спеціальними ознаками зі ст. 368 та ст. 369 виділена ст. 369-2, який зміст ознак складів злочинів, передбачених цими статтями? Слід виходити з того, що більш вузькими (спеціальними) можуть виступати лише окремі ознаки складів злочинів. При цьому як загальна, так і спеціальна норми характеризуються однаковими за змістом, але різними за обсягом ознаками основних складів злочинів. Якщо ж ознаки основних складів злочинів відрізняються між собою, тим більше є взаємовиключними, то відповідні норми не є загальною і спеціальною, а передбачають різні самостійні склади злочинів.

Порівняння диспозицій ст. 368 і ст. 369 та відповідних частин статті про відповідальність за зловживання впливом показує, що вони збігаються за такими ознаками, як предмет злочину та/або засіб його вчинення і діяння. Водночас, вони **відрізняються** за такими ознаками, як:

- об'єкт посягань. В обох випадках ним виступають суспільні відносини, які складаються з приводу використання повноважень службових осіб лише в інтересах служби та заборони отримувати за це будь-яку неправомірну вигоду. Проте, можна відзначити, що об'єкт злочину, передбаченого ст. 369-2, вужчий за обсягом, ніж у злочинів, передбачених ст. 368 та ст. 369, оскільки стосується використання повноважень не будь-якими службовими особами, а лише уповноваженими на виконання функцій держави. Це вказує на спеціальну природу першої з цих норм;

- суб'єкт злочину. Суб'єкт злочину за ст. 368 – спеціальний, ним може виступати лише службова особа. Суб'єктом злочинів, передбачених частинами 2 і 3 ст. 368, є так званий конкретний спеціальний суб'єкт – тобто не будь-яка службова особа, а особа, яка займає відповідальне становище, чи особа, яка займає особливо відповідальне становище. У ст. 369-2 не вказані ознаки суб'єкта передбаченого нею злочину. Проте, як обґрунтовано вище, ним може бути і службова особа. Причому, зазвичай (принаймні в уяві того, хто здійснює підкуп, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369-2, може бути лише така особа, яка за своїм статусом, характером відносин з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, здатна здійснити вплив на неї. У цьому сенсі поняття суб'єкта злочину, передбаченого ст. 369-2, вужче, ніж поняття суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368. Це знову ж таки характерне для співвідношення спеціальної і загальної норм.

Інші конструктивні ознаки складів злочинів, що передбачені відповідними кримінально-правовими нормами, не відрізняються між собою (звісно, з врахуванням різного змісту інтелектуальних та вольової ознак умислу, які встановлюються з врахуванням ставлення до нетотожних об'єктивних ознак складів злочину).

Таким чином, можна констатувати, що норми, передбачені статтями 368 і 369 та ст. 369-2, перебувають у співвідношенні загальної та спеціальної норм. Відповідно, при виявленні конкуренції між ними (коли посягання охоплюється і нормами про «хабарництво», і нормами про зловживання впливом), слід керуватися загальновизнаними для таких випадків правилами кваліфікації:

1) скоєне кваліфікувати за статтею, яка передбачає спеціальну норму, тобто відповідною частиною ст. 369-2;

2) не кваліфікувати скоєне одночасно за ст. 368 чи ст. 369 і за ст. 369-2 (бо це означатиме порушення принципу заборони подвійного інкримінування);

3) статті про загальні норми застосувати лише тоді, коли скоєне не охоплюється спеціальними нормами (у таких випадках статті про загальну норми виступають як резервні).

Кваліфікований вид зловживання впливом.

У ч. 3 ст. 369-2 встановлено єдиний кваліфікований вид зловживання впливом – коли дії, передбачені ч. 2 цієї статті, поєднані з вимаганням неправомірної вигоди. Слід звернути увагу: йдеться про можливість вимагання щодо трьох видів дій (прийняття пропозиції, обіцянки, одержання неправомірної вигоди). Граматичні конструкції, використані у ч. 3 ст. 369-2, дають підставу вважати, що цей вид злочину охоплює виконання таких дій і в такій послідовності:

1) вимагання неправомірної вигоди;

2) прийняття пропозиції, обіцянки, одержання неправомірної вигоди.

Вимагання здійснюється Особою_2 щодо Особи_1 та стосується впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (Особою_3). Саме ж вимагання має, в цілому, такий же зміст, як і щодо «хабарництва», – полягає у погрозі заподіяння шкоди правомірним інтересам особи, щодо якої спрямоване вимагання. Але ця шкода, виходячи зі змісту злочину «Зловживання впливом», буде заподіяна:

- особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Тобто, йдеться про погрозу впливу, спрямованого на прийняття Особою_3 рішення, небажаного для Особи_2, оскільки заподіє шкоду її законним інтересам. Відповідно, Особа_2 за таких обставин погрожує, що вона спонукатиме Особу_3 до здійснення неправомірних дій (безпідставного притягнення до відповідальності, проведення перевірок господарської діяльності всупереч встановленому порядку тощо);

- самою Особою_2, якщо вона є службовою і може реалізувати погрозу Особі_1 з використанням своїх службових «можливостей».

Вчинення закінченого злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-2, охоплює виконання обох вказаних вище дій. При цьому протиправною є і поведінка того, хто піддався на вимагання та висловив пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди чи надав її за зловживання впливом з метою запобігти шкоди своїм навіть законним інтересам (Особа_1). Якщо ж така особа не піддалася на вимагання, то вона кримінальній відповідальності не підлягає, а дії вимагача кваліфікуються за ч. 2 (або ч. 3) ст. 15 і ч. 3 ст. 369-2.

Спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за зловживання впливом.

Вимагання неправомірної вигоди при зловживанні впливом не є підставою звільнення від кримінальної відповідальності. Проте, КК передбачає таке звільнення при позитивній посткримінальній поведінці особи, яка висловила пропозицію, обіцянку або надала неправомірну вигоду за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Умови такого звільнення щодо діяння, передбаченого ч. 1 ст. 369-1, встановлені у ч. 5 ст. 354. Вони аналогічні тим, за наявності яких звільняється від кримінальної відповідальності «хабародавець» та описані при аналізі відповідних питань застосування ст. 369.

Зловживання впливом в інтересах юридичної особи.

Відповідно до пунктів 1 і 2 ч. 1 ст. 96-3 зловживання впливом, передбачене ст. 369-2, відноситься до кола злочинів, які можуть бути вчинені юридичною особою та за це до юридичної особи застосовуються заходи кримінально-правового характеру. Умови визнання юридичної особи такою, щодо якої застосовуються вказані заходи за злочин «Зловживання впливом», загалом такі ж, які передбачені при вчиненні злочину, передбаченого ст. 369, та описані вище.

Утім, конструкція відповідальності за зловживання впливом дає підстави вважати, що від імені та і інтересах юридичної особи можуть бути вчинені дії, передбачені:

1) ч. 1 ст. 369-2, які полягають у підкупі посередника – Особи_2 для його подальшого впливу на особу, уповноважену на прийняття рішення у зв'язку з виконанням функцій держави;

2) ч. 2 ст. 269-2, які полягають у прийняття підкупу юридичною особою за використанні її можливостей для подальшого впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави (наприклад, прийняття внеску політичною партією, яка за це має вплинути на свого члена чи висуванця на виборну посаду).

3.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 369-2 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Виявленню зловживань впливом, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 369-2, в цілому притаманні ті самі особливості та проблеми щодо обмежень як у застосуванні заходів та засобів оперативно-розшукової діяльності, так і негласних слідчих (розшукових) дій до не тяжких злочинів, що притаманні й виявленню та розслідуванню однотипних за способами їх вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368, 369.

Однак, дещо покращує можливості доказування обставин зловживання впливом те, що особа, уповноважена на виконання функцій держави, може бути зацікавленою у даванні правдивих показань щодо дій особи, яка одержала неправомірну вигоду, спрямованих на схиляння її до прийняття певного рішення, через прагнення дистанціюватися від осіб, які вчинили злочин, передбачений у ст. 369-2, та показати, що вона діяла відповідно до вимог законодавства. Це має використовувати слідчий під час розслідування таких злочинів.

Проведене узагальнення судової практики показало наявність кримінальних справ за ч. 2 ст. 369-2, під час досудового розслідування яких слідчі, співробітники оперативного підрозділу для документування цих злочинів, які є не тяжкими, проводять негласні слідчі (розшукові) дії, які можуть бути здійснені тільки щодо тяжких чи особливо тяжких злочинів, помилково розуміючи нормативні приписи глави 21 КПК.

> *Прикладом є кримінальне провадження №12016140000000128 за ч. 2 ст. 369-2 КК, у якому для документування вчинення одержання неправомірної вигоди ОСОБОЮ_2 для себе за вплив на прийняття рішення завідувачем ЛКП «Музей «Личаківський цвинтар» слідчий разом зі співробітниками оперативного підрозділу провів ідентифікацію та помітку спеціальною хімічною речовиною трьох купюр, кожна номіналом 100 доларів США, про що був складений протокол. В подальшому ці гроші ОСОБОЮ_5 були передані як предмет неправомірної вигоди ОСОБІ_2. Контроль за вчиненням злочину у цьому кримінальному провадженні не проводився. Те, що у переліку негласних слідчих (розшукових) дій, наведеному у ч. 2 ст. 246 КПК, немає передбачених ст. 273 КПК дій по ідентифікації (помітки) матеріальних об'єктів, не означає, що їх можна здійснювати у кримінальних провадженнях щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості. Статтею 273 КПК передбачена можливість використання тільки під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів. Такою негласною слідчою (розшуковою) дією, як правило, є контроль за вчиненням злочину, який може проводитися у формах контрольованої, оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту. Використання заздалегідь ідентифікованих засобів з іншою метою забороняється (ч. 1 ст. 273 КПК).*
>
> *Тому у кримінальному провадженні №12016140000000128, у якому контроль за вчиненням злочину, передбаченому ч. 2 ст. 369-2 КК, не проводився, та й не міг бути проведений через те, що цей злочин є середньої тяжкості, підстав для ідентифікації грошових коштів не було. Аналогічні помилки були допущені у кримінальному провадженні №42016170000000162 за ч. 2 ст. 369-2 КК. Але, на додаток з ідентифікацією (поміткою) грошових коштів на суму 195000 гривень, 50000 з них складали спеціально виготовлені імітаційні гроші. Під час досудового розслідування ці справжні грошові кошти разом з імітаційними грошами як предмет неправомірної вигоди були передані ОСОБОЮ_4 ОСОБІ_2, якою був прокурор Зіньківського відділу Миргородської місцевої прокуратури Полтавської області, за вплив на голову Зіньківської районної державної адміністрації Полтавської області ОСОБА_3 з метою прийняття рішення про надання у користування невитребуваних (нерозподілених) земельних часток (паїв) площею 60 гектарів на території Велико-Павлівської сільської ради Зіньківського району Полтавської області за межами населених пунктів. В подальшому під час особистого обшуку затриманого ОСОБИ_2 ці гроші були вилучені, здійснене його освідування, в результаті якого отримані змиви з його рук та кишень брюк, проведена хімічна експертиза з метою встановлення наявності у цих змивах спеціальної хімічної речовини, якою було помічено вилучений у ОСОБИ_2 предмет неправомірної вигоди.*

Одержані у такий спосіб речові та пов'язані з їх дослідженням докази є недопустимими на підставі нормативних приписів ч. 1, п. 2 ч. 3 ст. 87, ч. 2 ст. 246, ч. 1 ст. 273 КПК.

У ситуаціях, коли до правоохоронних органів звертається особа із заявою про одержану нею від іншої особи пропозицію про здійснення останньою впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, за неправомірну вигоду, перевірка одержаних відомостей про злочин безумовно здійснюється під контролем правоохоронного органу. Але це не має бути у формі завуальованого контролю за вчиненням злочину, тобто негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені ст. 273 КПК, не повинні проводитися. Недопустимість таких дій стосується не тільки розслідування злочинів, передбачених частинами 1, 2 ст. 369-2, а й ст. 354, ч. 1 ст. 368 та ч. 1 ст. 369. Фіксування факту передачі від особи, яка заявила про злочин, передбачений ч. 2 ст. 369-2, предмету неправомірної вигоди особі, яка запропонувала здійснити вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, може бути здійснене під час:

- первинного допиту заявника, під час якого він повідомить дані про індивідуальні ознаки предмету неправомірної вигоди (наприклад, назве точну суму, номінал купюр, їх серії та номери), який він може передати особі для забезпечення перевірки його заяви та наданих показань і притягнення до кримінальної відповідальності цієї особи за вчинення злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 369-2;

- обшуку затриманої особи, яка одержала неправомірну вигоду, або її житла чи іншого володіння, у протоколі якого буде зафіксований факт вилучення у цієї особи або у її житлі чи іншому володінні предмету неправомірної вигоди з індивідуальними ознаками, які повністю збігаються з повідомленими раніше на допиті заявником про злочин;

- додатковим допитом потерпілого, при проведенні якого з'ясовуються обставини надання неправомірної вигоди підозрюваному, зокрема, передачі останньому предмету неправомірної вигоди, який був вилучений у нього, та його індивідуальних ознак;

- дактилоскопічної експертизи, проведенням якої за слідами пальців рук, вилученим з предмету неправомірної вигоди, може бути встановлено факт наявності на ньому слідів пальців рук потерпілого та підозрюваного.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочинів, передбачених ст. 369-2 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Внесення відомостей до ЄРДР про подію зловживання впливом може відбутися за наявності даних, одержаних з результатів оперативно-розшукової діяльності, про подію надання-одержання за це неправомірної вигоди. Особливо складним є документування злочинів, передбачених частинами 1 та 2 ст. 369-2, через те, що вони не є тяжкими і застосувати негласні слідчі (розшукові) дії для цього не можна. Ключовим чинником успішності дій слідчого та співробітників оперативного підрозділу у цій ситуації є наявність даних про місце та час зустрічі осіб, які будуть надавати та одержувати неправомірну вигоду для впливу останньої на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а також раптовість дій слідчого та співробітників оперативного підрозділу, завдяки чому забезпечується виявлення та вилучення предмету неправомірної вигоди та визнання провини особами, які вчинили злочини, передбачені у частинах 1, 2 ст. 369-2, при їх затриманні на місці злочину.

Дані, одержані в результаті оперативно-розшукової діяльності, забезпечують визначення оптимального моменту початку дій слідчого та співробітників оперативного підрозділу, спрямованих на затримання осіб одразу після надання та одержання неправомірної вигоди для зловживання впливом та їх особистий обшук.

Проводиться **обшук** місця, де може зберігатися предмет неправомірної вигоди. Важливим для подальшого доказування є використання аудіо-, відеозапису для фіксування дій слідчого, співробітників оперативного підрозділу від початку затримання підозрюваних до завершення їхнього особистого обшуку. Це дозволяє задокументувати первинні пояснення осіб, які вчинили злочин, щодо їх зустрічі, дій, які були вчинені, факту виявлення у особи грошей інших матеріальних цінностей та джерела їх походження. Під час таких обшуків для доказування факту передавання особою предмету неправомірної вигоди та його одержання особою, яка може здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, необхідно виявляти та вилучати сліди пальців рук на поверхні грошових коштів інших матеріальних цінностей, щодо яких є підстави вважати, що вони є предметом неправомірної вигоди, та на їх упаковці. Вилученню під час обшуків, за їх наявності, підлягають документи, які містять відомості про питання, щодо вирішення яких мають бути здійснені дії, спрямовані на вплив на прийняття рішень особою, уповноваженою на виконання функцій держави.

Після цього здійснюються **допити** як підозрюваних особи, яка надала неправомірну вигоду, та особи, яка її одержала, та обираються для них запобіжні заходи. Такі допити у випадках, особливо коли особи зізнаються у вчиненні злочину, рекомендується проводити з використанням аудіо-, відеозапису, щоб у подальшому нівелювати можливі заяви підозрюваних про те, що їхні показання були одержані з використанням психічного або фізичного насильства з боку слідчого, співробітників оперативного підрозділу.

Під час допиту підозрюваного, яким є особа, яка надала неправомірну вигоду, обов'язково мають бути з'ясовані питання щодо обставин висловлення пропозиції, обіцянки та надання неправомірної

вигоди особі за її вплив на прийняття рішення особою, яка вповноважена на виконання функцій держави, на підставі чого підозрюваний був переконаний, що особа, якій він надав неправомірну вигоду вплине на прийняття потрібного йому рішення особою, яка вповноважена на виконання функцій держави. Також треба з'ясовувати обставини затримання цього підозрюваного слідчим, проведення його особистого обшуку та обшуку приміщення, де був виявлений предмет неправомірної вигоди, чи було прийняте рішення, за яке була надана неправомірна вигоди, коли та в чому воно одержало чи мало одержати свій вираз, тощо. Важливим є під час допиту такого підозрюваного одержати від нього підтвердження того, що вилучені під час обшуку грошові кошти або інші матеріальні цінності були передані особі, яка мала вплинути на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, як предмет неправомірної вигоди.

Під час допиту особи, яка одержала неправомірну вигоду, з'ясовуються обставини висловлення чи одержання нею, від кого конкретно пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди за її вплив на рішення особи, яка уповноважена на виконання функцій держави, що виступало в якості предмету неправомірної вигоди, де, коли та ким була надана цій особі неправомірна вигода, підстави для переконання цим підозрюваним особи, яка йому надала неправомірну вигоду, в тому, що він може вплинути на рішення особи, яка уповноважена на виконання функцій держави, чи здійснив він на неї вплив, де, коли та у який спосіб, чи було прийняте необхідне рішення і коли це відбулося чи мало відбутися. Також з'ясовуються обставини затримання підозрюваного та вилучення у нього предмету неправомірної вигоди.

Проводяться допити понятих, які були присутні під час обшуків, як свідків для додаткового підтвердження їх результатів та дотримання вимог КПК.

Підозрюваним обираються **запобіжні заходи.**

Має бути здійснений **тимчасовий доступ до документів** установи, які містять дані про призначення особи, вповноваженої на виконання функцій держави, на посаду, її функціональні обов'язки, і, якщо під час обшуку вони не були вилучені, то до і документів, які відображають рішення цієї особи на користь особи, яка надала неправомірну вигоду за вплив на неї.

Накладається **арешт** на вилучені під час обшуку, тимчасового доступу матеріальні об'єкти.

Здійснюється **допит** як свідка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, щодо факту впливу на неї особи, яка одержала за це неправомірну вигоду, де, коли та у який спосіб це відбулося, що виступило підставою для такого впливу на неї цієї особи, яке саме рішення та коли було прийняте, у яких документах воно зафіксоване, тощо.

Відбираються зразки відбитків пальців рук особи, яка надала та яка одержала неправомірну вигоду, та призначається дактилоскопічна експертиза по слідах пальців рук, які були виявлені та вилучені з предмету неправомірної вигоди або його упаковки. На підставі зібраних у кримінальному провадженні доказів особам повідомляється змінена підозра у вчиненні ними злочинів, передбачених у частинах 1, 2 ст. 369-2.

Якщо з матеріалів оперативно-розшукової діяльності виходить, що у виявлених протиправних діях наявні ознаки злочинів, передбачених частинами 1 і 3 ст. 369-2, то через те, що прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, поєднане із її вимаганням, є тяжким злочином, це відкриває можливості застосувати для одержання доказів у кримінальному провадженні щодо такого злочину негласних слідчих (розшукових) дій. У цій ситуації для збирання доказів слідчий може використати такі **дії:**

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування між особою, яка буде надавати, та особою, яка вимагає неправомірну вигоду. Також ця негласна слідча (розшукова) дія може проводитися для фіксування спілкування між особою, яка вимагає неправомірну вигоду, та особою, уповноваженою на виконання функцій держави, для фіксування не тільки фактів впливу на неї, а й перевірки версії щодо можливої співучасті між ними у одержанні неправомірної вигоди;

- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю осіб, які вчиняють злочин, коли є дані про їх використання для готування та вчинення злочину та можливості встановити такі спеціальні технічні засоби;

- спостереження за особою, яка буде надавати неправомірну вигоду, та особою, яка її вимагає, для фіксування контактів між ними до, після одержання неправомірної вигоди, а також контактів останньої із особою, уповноваженою на виконання функцій держави;

- затримання та обшук осіб після фіксування процесу надання-одержання неправомірної вигоди під час аудіо-, відеоконтролю особи або спостереження за особою. Також здійснюється обшук місця надання-одержання неправомірної вигоди та осіб, які в ньому знаходяться. Вилучаються предмет неправомірної вигоди, мобільні термінали зв'язку, документи, які стосуються прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. При цьому, з виявленого у особи, яка вимагала неправомірну вигоду, під час такого обшуку предмету надання неправомірної вигоди, у т.ч. із його упаковки (конверту, пакету тощо), в обов'язковому порядку мають вилучатися сліди пальців рук, а за можливості сліди ДНК з метою забезпечення ідентифікації цих осіб і відповідно підтвердження надання-одержання ними предмету неправомірної вигоди;

- повідомлення особам про підозру;

- допити осіб як підозрюваних. Під час таких допитів мають бути з'ясовані обставини, за яких відбулася вимагання неправомірної вигоди, її надання та одержання, факту їх затримання, а також впливу на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, та його результатів;

- обрання підозрюваним запобіжних заходів;

- тимчасовий доступ до документів установи де працює особа, уповноважена на виконання функцій держави, щодо впливу на рішення якої відбулося вимагання та одержання неправомірної вигоди, для вилучення документів, які стосуються прийняття цього рішення, а також документів (їх копій), які підтверджують повноваження цієї особи;

- допит як свідка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, щодо факту впливу на неї особи, яка одержала за це неправомірну вигоду, де, коли та у який спосіб це відбулося, що виступило підставою для такого впливу на неї цієї особи, яке саме рішення та коли було прийняте, у яких документах воно зафіксоване, тощо;

- накладення арешту на вилучений предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти, які були вилучені під час обшуку, тимчасового доступу до документів та мають значення для кримінального провадження;

- прийняття рішення у разі такої необхідності щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності та в обов'язковому порядку з процесуальних рішень та протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК, голосу особи, яка надала неправомірну вигоду, особи, яка її вимагала, та особи, уповноваженої на виконання функцій держави, для проведення відповідно дактилоскопічної, ДНК та фоноскопічної експертизи;

- призначення дактилоскопічної експертизи, ДНК експертизи, фоноскопічної експертизи, лінгвістичної експертизи матеріалів аудіо-, відеозапису.

Кількість негласних слідчих (розшукових), слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій може збільшуватися при вчиненні даних злочинів за участі посередника. Також не слід забувати, що слідчому необхідно щодо особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-2, здійснити процесуальні дії, спрямовані на забезпечення конфіскації її майна.

2. Про обставини вчинення злочинів, передбачених частинами 1, 2 ст. 369-2 КК, органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, стало відомо із заяви особи, яка добровільно повідомила про прийняття її пропозиції чи обіцянки або надання нею неправомірної вигоди.

Проблемність наведеної слідчої ситуації полягає у тому, що події злочинів, передбачених частинами 1, 2 ст. 369-2, вже відбулися, що свідків, які безпосередньо їх сприйняли, як правило, немає, і що предмет неправомірної вигоди може бути не виявлений та не вилучений. Зазначені обставини не мають сприйматися слідчим, прокурором як такі, що однозначно зумовлять не встановлення достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і тільки допитом заявника вичерпуються можливості їх отримати, що відповідно призведе до прийняття процесуального рішення про закриття кримінального провадження на підставі п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК.

Заява до правоохоронного органу може поступати від особи, яка запропонувала або пообіцяла, але ще не надала неправомірну вигоду особі за зловживання нею впливом для прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або вже надала такій особі неправомірну вигоду.

При виникненні першого різновиду слідчої ситуації, яка розглядається, для слідчого відкривається

можливість задокументувати факт надання неправомірної вигоди особі за зловживання впливом. Про злочини, передбачені у частинах 1, 2 ст. 369-2, вносяться відомості до ЄРДР.

Особі, яка заявила про вчинений нею злочин, передбачений у ч. 1 ст. 369-2 **повідомляється про підозру,** обирається запобіжний захід, вона допитується.

Допит здійснюється як щодо обставин пропозиції чи обіцянки цієї особи надати неправомірну вигоду за вчинення іншою особою впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, так і щодо часу, місця, умов надання та предмету неправомірної вигоди, а також документів, на підставі яких особа, уповноважена на виконання функцій держави, має прийняти рішення під впливом на неї особи, яка одержить неправомірну вигоду, причини добровільної заяви про злочин, який вчинив підозрюваний.

Після передання предмету неправомірної вигоди особа, яка його одержала, затримується. Здійснюється її **особистий обшук,** а за наявності для цього підстав **обшук житла** чи іншого володіння особи, з метою вилучення предмету неправомірної вигоди та документів, які мають значення для кримінального провадження.

Під час обшуку з поверхні предмету неправомірної вигоди, його упаковки, а також інших переданих особі матеріальних об'єктів, за умови їх виявлення, вилучаються сліди пальців рук. **Відбираються зразки** відбитків пальців рук як особи, яка надала, так і особи, яка одержала неправомірну вигоду, для забезпечення можливості підтвердження проведенням дактилоскопічної експертизи факту надання та одержання грошових коштів, інших матеріальних цінностей, тощо, щодо яких є підстави вважати, що вони виступили в якості предмету неправомірної вигоди.

Особа, яка надала неправомірну вигоду, допитується щодо обставин передання предмету неправомірної вигоди та затримання, проведення обшуку особи, яка одержала неправомірну вигоду за зловживання впливом, якщо вона була під час нього присутньою. Особі, яка була затримана за одержання неправомірної вигоди за вплив на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, повідомляється про підозру та здійснюється її допит. Допитується як свідок особа, уповноважена на виконання функцій держави, щодо факту звернення до неї затриманого та чинення впливу з його боку на прийняття нею рішення на користь особи, яка надала неправомірну вигоду.

Здійснюється **тимчасовий доступ до документів,** які мають значення для кримінального провадження, державної установи, у якій працює особа, на яку був чи мав бути вчинений вплив. Накладається **арешт** на вилучені під час обшуків, тимчасового доступу матеріальні об'єкти. Призначається дактилоскопічна **експертиза** по слідах пальців рук, вилучених з поверхні предмету неправомірної вигоди. На підставі визначення зібраних доказів як достатніх особі, яка одержала неправомірну вигоду, повідомляється змінена підозра та вона допитується як підозрюваної.

При виникненні другого різновиду слідчої ситуація, яка розглядається, про злочини вносяться відомості до ЄРДР. Особі, яка заявила про вчинений нею злочин повідомляється про підозру та вона допитується як підозрюваний, обирається запобіжний захід.

Під час **допиту** цієї особи, як і у попередній ситуації, поряд із встановленням обставин пропозиції, обіцянки, надання неправомірної вигоди особі, яка вплинула на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, встановлюються причини, які виступили спонукою для прийняття добровільного рішення підозрюваним повідомити про вчинений ним злочин, а також про злочин, передбачений ч. 2 ст. 369-2, вчинений іншою особою.

Попри проміжок часу, який пройшов з моменту вчинення зловживання впливом до повідомлення про нього правоохоронному органу, слідчий під час допиту підозрюваного має ставити питання щодо індивідуальних ознак предмету неправомірної вигоди. Якщо такі дані будуть одержані, це відкриє можливість здійснення його цілеспрямованого пошуку під час обшуку житла чи іншого володіння особи, де може зберігатися предмет неправомірної вигоди.

Якщо предмет неправомірної вигоди буде знайдений, то на його поверхні треба шукати сліди пальців рук, вилучати їх та в подальшому призначати дактилоскопічну **експертизу** з метою встановлення наявності на цьому матеріальному об'єкті слідів пальців рук особи, яка надала неправомірну вигоду.

У кримінальному провадженні показання підозрюваного перевіряються проведенням **допиту** як свідка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, яка прийняла рішення на його користь в результаті впливу на цю особу, здійсненого особою, якій була надана за це неправомірна вигода.

Також у кримінальному провадженні має бути встановлено, чи було таке рішення фактично прийняте та досліджується, чи не було порушень при його прийнятті.

При встановленні таких порушень їм має бути надана правова оцінка на предмет наявності в діях особи, яка прийняла рішення, ознак кримінального правопорушення. Для цього щодо обставин прийняття рішення на користь особи, яка надала неправомірну вигоду, допитуються не тільки особа, на яку був здійснений вплив, а й співробітники установи, яким може бути відомо, як згадане рішення приймалося. Якщо рішення приймається колегіально, але вплив був здійснений тільки на одну з таких осіб, то має бути з'ясовано, під впливом яких саме відомостей, документів тощо, які були надані, було прийнято колегіальне рішення.

Обов'язково здійснюється **тимчасовий доступ** до документів установи, які підтверджують повноваження особи, на яку був вчинений вплив, виконувати функції держави, а також інших осіб на виконання таких функцій при колегіальному ухваленні рішення, та до документів, які були підставою для цього рішення, і до самого рішення.

За наявності сукупності доказів, які поза розумним сумнівом підтверджують факт надання неправомірної вигоди особі та її вплив або намагання вплинути на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій державі, такій особі повідомляється про підозру у вчиненні злочину.

Щодо особи, яка добровільно заявила про вчинений нею злочин, передбачений ч. 1 ст. 369-2, та злочини, передбачені ч. 2 ст. 369-2, та активно сприяла розкриттю останніх, прокурор вносить клопотання до суду на підставі ч. 5 ст. 354 про закриття кримінального провадження у зв'язку зі звільненням її від кримінальної відповідальності (п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК).

3. Про обставини вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, стало відомо із заяви особи, якій запропонували чи пообіцяли здійснити вплив на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, за неправомірну вигоду, але неправомірна вигода не надавалася.

У цій ситуації алгоритм дій слідчого в цілому відповідає наведеному щодо першого різновиду слідчої ситуації, описаної вище. Однак, особа, яка заявила про отриману нею пропозицію або обіцянку здійснити вплив на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, за неправомірну вигоду, не притягається до кримінальної відповідальності. Вносяться відомості до ЄРДР тільки щодо злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2. Ця особа у кримінальному провадженні буде мати статус потерпілого.

4. Про обставини вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-2 КК, стало відомо із заяви особи про вимагання у неї неправомірної вигоди.

Така слідча ситуація є найбільш сприятливою для доказування факту вчинення цих злочинів. По-перше, одержання неправомірної вигоди ще не відбулося і відповідно є можливість зафіксувати цю подію, а також факт впливу цією особою на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, по-друге, ч. 3 ст. 369-2 є тяжким злочином, відповідно, для збирання доказів у кримінальному провадженні можна використати негласні слідчі (розшукові) дії.

На підставі заяви вносяться відомості про злочин, передбачений ч. 3 ст. 369-2, до ЄРДР. Особа, у якої вимагають неправомірну вигоду, у кримінальному провадженні визнається потерпілою і допитується як потерпіла. Під час допиту підлягають з'ясуванню обставини, за яких відбулося вимагання у особи неправомірної вигоди за вплив на прийняття особою, уповноваженої на виконання функцій держави, зокрема, що саме лежало в основі вимоги надати неправомірну вигоду з метою спонукати потерпілого її надати, що було визначене в якості її предмета, де, коли та кому він має бути переданий. На підставі одержаних даних організовується проведення **тактичної операції «Документування одержання неправомірної вигоди та впливу на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави»,** до якої можуть бути включені:

- помітка предмету неправомірної вигоди для спеціального слідчого експерименту;

- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи, коли є дані про їх використання для вчинення злочинів, передбачених ч. 3 ст. 369-2;

- аудіо-, відеоконтроль особи, який проводиться разом зі спеціальним слідчим експериментом, для фіксування спілкування між особою, яка надає неправомірну вигоду, та особою, яка її одержує, щодо узгодження умов надання-одержання неправомірної вигоди, дії, які будуть вчинені щоб вплинути на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, та факту одержання особою неправомірної вигоди. А якщо особою використовується посередник чи неправомірна

вигода надається третій особі, то аудіо-, відеоконтролем таких осіб можна задокументувати факт їх співучасті у вчиненні злочину;

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування між особою, яка буде надавати неправомірну вигоду, особою, яка буде одержувати неправомірну вигоду, у т.ч. з посередником, третьою особою, між цими особами та особою, яка буде за неправомірну вигоду впливати на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави, та спілкування між такими особами, під час якого такий вплив буде чиниться;

- спеціальний слідчий експеримент, при якому здійснюється контроль за наданням–одержанням предмету неправомірної вигоди посередником, третьою особою або безпосередньо особою, яка вимагала неправомірну вигоду;

- спостереження за посередником та особою, яка вимагала неправомірну вигоду, для фіксування контактів між ними до, після одержання неправомірної вигоди при передачі її останній;

- затримання посередника, третьої особи, яка виступила набувачем неправомірної вигоди, особи, яка вимагала неправомірну вигоду, в порядку ст. 208 КПК та їх обшук. Від правильності визначення моменту затримання співучасників прямо залежить перспективність доказування їх провини у одержанні неправомірної вигоди. У випадках, коли неправомірна вигода передається через посередника частинами, оптимальним є дочекатися моменту передавання особі, яка її вимагала, хоча б однієї частини предмету неправомірної вигоди;

- обшук місця надання-одержання неправомірної вигоди та осіб, які в ньому знаходяться. Під час обшуку вилучається предмет неправомірної вигоди, мобільні термінали зв'язку, документи, які були передані потерпілим для прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Якщо не використовувалась спеціальна хімічна речовина для помітки предмету неправомірної вигоди, то мають вилучатися сліди пальців рук для подальшої ідентифікації по них осіб, які вчинили злочин;

- слідчий огляд місця надання-одержання неправомірної вигоди, якщо воно не збігається з місцем зберігання неправомірної вигоди;

- освідування посередника, особи, яка вимагала неправомірну вигоду, третьої особи для фіксування та вилучення з їх тіл, одягу слідів спеціальної хімічної речовини, якщо нею був помічений предмет неправомірної вигоди;

- повідомлення особам про підозру;

- допит осіб як підозрюваних;

- обрання запобіжних заходів підозрюваним;

- тимчасовий доступ до документів установи, де працює особа, уповноважена на виконання функцій держави, щодо впливу на рішення якої відбулося вимагання та одержання неправомірної вигоди, для вилучення документів, які стосуються прийняття цього рішення, а також документів (їх копій), які підтверджують повноваження цієї особи;

- допит як свідка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, щодо факту впливу на неї особи, яка одержала за це неправомірну вигоду, де, коли та у який спосіб це відбулося, що було підставою для такого впливу на неї цієї особи, яке саме рішення та коли було прийняте, у яких документах воно зафіксоване тощо;

- накладення арешту на вилучені під час обшуку матеріальні об'єкти, зокрема, для забезпечення вирішення в подальшому питання щодо їх конфіскації, а також на вилучені під час тимчасового доступу документи, які мають значення для кримінального провадження;

- дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів під час проведених негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 266 КПК);

- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з процесуальних рішень, протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- допит як свідків осіб, які брали участь у при проведенні відповідних негласних слідчих (розшукових) та слідчих (розшукових) дій, пов'язаних зі спеціальним слідчим експериментом;

- отримання зразків відбитків пальців рук, голосу особи, яка вимагала неправомірну вигоду, посередника, третьої особи, яка одержала неправомірну вигоду, та зразків голосу особи, уповноваженої на виконання функцій держави, на яку чинився вплив для прийняття рішення особи, у якої вимагали неправомірну вигоду, для проведення відповідно дактилоскопічної та фоноскопічної експертизи;

- призначення хімічної експертизи для ідентифікації слідів спеціальної хімічної речовини, якою був оброблений предмет неправомірної вигоди, зі слідами цієї речовини на змивах з тіла, одягу посередника, особи, яка вимагала неправомірну вигоду, третьої особи, яка одержала неправомірну вигоду, дактилоскопічної експертизи, для ідентифікації слідів пальців рук, виявлених на предметі неправомірної вигоди, техніко-криміналістичної експертизи документів на предмет справжності грошей, що виступали предметом неправомірної вигоди, фоноскопічної експертизи, для ідентифікації осіб за голосом, який зафіксований на аудіо-, відеозаписах, одержаних в результаті зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж чи під час аудіо-, відеоконтролю особи, лінгвістичної експертизи матеріалів аудіо-, відеозапису, для встановлення змісту діалогів при використанні особами непрямих висловлювань чи паралінгвістичних знаків (жестів) щодо одержання неправомірної вигоди, чинення впливу на прийняття рішення особою, уповноваженої на виконання функцій держави;

- щодо осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-2, здійснюються процесуальні дії, спрямовані на забезпечення конфіскації їх майна.

На підставі зібраних доказів особам, винним у вчиненні злочинів, передбачених у ч. 3 ст. 369-2, здійснюється повідомлення зміненої підозри та їх допит.

Розділ 4.

КВАЗІ-КОРУПЦІЙНЕ ДІЯННЯ – НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ ТА ЗЛОЧИНИ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ, ПІДСЛІДНІ НАЦІОНАЛЬНОМУ АНТИКОРУПЦІЙНОМУ БЮРО УКРАЇНИ

4.1. Незаконне збагачення

(О. Дудоров, М. Хавронюк)

Вступні зауваги.

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 р. №1-р/2019, стаття 368-2 КК визнана такою, що не відповідає Конституції України (неконституційною), і втратила чинність з дня ухвалення цього контраверсійного Рішення.

Водночас передбачений ратифікованою Верховною Радою України Конвенцією ООН проти корупції обов'язок України визнати незаконне збагачення злочином залишається в силі. Тому рано чи пізно, а у КК з'явиться нова стаття про незаконне збагачення.

У цьому підрозділі здійснюється аналіз не конкретної статті КК, а незаконного збагачення як юридичного феномену, передбаченого ст. 20 зазначеної Конвенції.

Правовими підставами криміналізації незаконного збагачення, крім положень Конвенції, є також вимоги Конституції України та інших законів. Так, відповідно до Конституції України:

- «Кожна людина… має *обов'язки* перед суспільством» (ст. 23);

- посадові особи органів державної влади та органів місцевого самоврядування «*зобов'язані* діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (ст. 19);

- «Кожен *зобов'язаний* неухильно додержуватися Конституції України та законів України» (ст. 68);

- перед вступом на посаду народні депутати України і Президент України складають присягу, в якій *зобов'язуються*, зокрема, «додержуватися Конституції України та законів України» (статті 79 і 104). Аналогічні обов'язки беруть на себе державні службовці, правоохоронці та інші особи, уповноважені на виконання функцій держави і місцевого самоврядування – відповідно до законів України;

- підставами для звільнення судді є, серед іншого, «грубе чи систематичне нехтування *обов'язками*, що є несумісним зі статусом судді», і – пряме «порушення *обов'язку* підтвердити законність джерела походження майна» (пункти 3 і 6 ч. 6 ст. 126).

Частиною обов'язків є обов'язки, які несуть перед суспільством і державою особи, уповноважені на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, відповідно до антикорупційного законодавства. До них Закон «Про запобігання корупції» відносить, зокрема, обов'язки, спрямовані на **забезпечення доброчесності публічних службових осіб, прозорості їхніх статків, доходів і витрат:**

- не використовувати свої службові повноваження або своє становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, у тому числі не використовувати будь-яке державне чи комунальне майно або кошти в приватних інтересах (ст. 22);

- не вимагати, не просити, не одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб (ст. 23);

- у разі надходження пропозиції щодо неправомірної вигоди або подарунка, незважаючи на приватні інтереси, невідкладно відмовитися від пропозиції (п. 1 ч. 1 ст. 24);

- при виявленні у своєму службовому приміщенні чи отриманні майна, що може бути неправомірною вигодою, або подарунка, невідкладно, але не пізніше одного робочого дня, письмово

повідомити про цей факт свого безпосереднього керівника або керівника відповідного органу, підприємства, установи, організації (ч. 2 ст. 24);

- не займатися іншою оплачуваною (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту) або підприємницькою діяльністю, якщо інше не передбачено Конституцією або законами України (ст. 25);

- не входити до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади в раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України (ст. 25);

- протягом року з дня припинення відповідної діяльності не укладати трудові договори (контракти) і не вчиняти правочини у сфері підприємницької діяльності з юридичними особами приватного права або фізичними особами – підприємцями, якщо здійснювали повноваження з контролю, нагляду або підготовки чи прийняття відповідних рішень щодо діяльності цих юридичних осіб або фізичних осіб – підприємців (ст. 26);

- не розголошувати і не використовувати в інший спосіб у своїх інтересах інформацію, яка стала їм відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, крім випадків, встановлених законом (ст. 26);

- протягом року з дня припинення відповідної діяльності не представляти інтереси будь-якої особи у справах (у тому числі в тих, що розглядаються в судах), в яких іншою стороною є орган, підприємство, установа, організація, в якому (яких) вони працювали на момент припинення зазначеної діяльності (ст. 26);

- вживати заходів щодо недопущення виникнення реального, потенційного конфлікту інтересів, не вчиняти дій та не приймати рішень в умовах реального конфлікту інтересів (ч. 1 ст. 28);

- протягом 30 днів після призначення (обрання) на посаду передати в управління іншій особі належні їм підприємства та корпоративні права, не передавати в управління належні їм підприємства та корпоративні права на користь членів своєї сім'ї (ч. 1 ст. 36);

- неухильно додержуватися вимог закону та загальновизнаних етичних норм поведінки (ст. 38);

- щорічно до 1 квітня подавати шляхом заповнення на офіційному веб-сайті Національного агентства декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за минулий рік (ст. 45);

- у разі суттєвої зміни у майновому стані суб'єкта декларування, а саме отримання ним доходу, придбання майна на суму, яка перевищує 50 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня відповідного року, у десятиденний строк з моменту отримання доходу або придбання майна письмово повідомити про це Національне агентство з питань запобігання корупції (ч. 2 ст. 52).

Порушення цих обов'язків може стати джерелом незаконного збагачення. Якщо особа не бажає виконувати ці обов'язки, то вона повинна відмовитися від своєї посади.

Об'єкт діяння.

Основним безпосереднім об'єктом незаконного збагачення є правильна діяльність осіб, уповноважених на виконання функцій держави і місцевого самоврядування, яка, ґрунтуючись, зокрема, на вимогах закону щодо декларування майна, доходів і видатків, на інших передбачених Законом України «Про запобігання корупції» заборонах та обмеженнях для осіб, уповноважених на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, забезпечує віру суспільства в їхню доброчесність і непідкупність.

Відповідальність публічних службових осіб часто є юридичним наслідком невиконання ними обов'язків, що на них покладені відповідно до Конституції і законів України, одним з яких є обов'язок вчасно подавати правдиву і повну декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Якщо особа не бажає виконувати ці обов'язки, то вона повинна відмовитися від своєї посади. Специфіка української корупції така, що в силу кругової поруки зазначена відмова у відповідному колі осіб визнається не тільки не обов'язковою, а навіть неприйнятною.

Предмет діяння.

Предметом незаконного збагачення є ***активи*** **у** ***певному розмірі*** (ця ознака предмета передбачає необхідність оцінки активів у національній валюті України). Цей предмет носить виключно майновий характер: гроші, інше майно і доходи від них певної вартості[1].

Набуття відповідною особою (з ознаками відповідного спеціального суб'єкта) зазначених активів у розмірі, який не сягає визначеного законом («значного») розміру, за наявності підстав може розцінюватись як порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків (ст. 172-5 КУпАП).

Як і у випадку з відмиванням «брудного» майна, щодо незаконного збагачення існує предикатний злочин (як правило, корупційний), однак орган обвинувачення не зобов'язаний його доказувати[2]. Незаконне збагачення є підстави розглядати як прояв вторинної злочинної діяльності.

Відмінності останньої від причетності до злочину є, зокрема, такими: 1) вторинне злочинне діяння, як і причетність, не є співучастю, але не виключає її; 2) суб'єктом вторинного злочину може бути особа, яка брала участь у вчиненні предикатного злочину, а також інша особа (перша ситуація неможлива при причетності до злочину); 3) при причетності завжди має місце збіг кількох осіб при вчиненні відповідних злочинів, а для вторинного злочину це не є правилом – вчинення вторинного злочину можливе тією ж особою, яка брала участь в предикатному делікті (що і має місце при незаконному збагаченні).

У визначенні незаконного збагачення наголошується не на конкретних зловживаннях особи-функціонера, які потягли за собою незаконне збагачення такої особи (зокрема, це можуть бути злочини, карані за статтями 191, 364, 365, 368), а на відсутності підстав для значного поліпшення майнового становища цієї особи. Мається на увазі, що майно не отримане особою як плата за наукову, педагогічну або творчу діяльність, не вигране, не успадковане, не отримане як подарунок, не накопичене за рахунок легальних доходів минулих років тощо. При цьому кваліфікація за сукупністю злочинів, передбачених, з одного боку, зокрема, статтями 191, 364, 365, 368, а, з іншого, за статтею про незаконне збагачення, можлива лише в разі, коли майно, яким особа заволоділа унаслідок вчинення предикатного злочину, не збігається з активами як предметом незаконного збагачення. В іншому разі кваліфікація за такою сукупністю означатиме порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК).

Предикатним стосовно незаконного збагачення може бути будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою-функціонером. Наприклад, це може бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191), а і злочин проти власності, вчинений цією особою, або злочин у сфері господарської діяльності (скажімо, зайняття гральним бізнесом або контрабанда), або навіть і правопорушення, які не є кримінальними правопорушеннями.

> *Якщо особа-функціонер набула у власність грошові кошти чи інше майно в значному розмірі внаслідок порушення встановлених законодавством обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, входження до складу правління підприємства тощо, то це не виключає кваліфікацію дій такої особи як незаконного збагачення. Адже підстави набуття у власність активів у вигляді плати (винагороди) за певну діяльність, які мають місце в цій ситуації, не можуть розглядатись як законні.*

Предметом незаконного збагачення можуть бути також ***доходи*** від активів. Доходи – це те, що приносять активи, перебуваючи в експлуатації та цивільному (господарському) обігу (орендна плата, дивіденди, проценти від банківських вкладів тощо).

Застосовуючи статтю КК про незаконне збагачення, слід, крім іншого, враховувати, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності (ч. 1 ст. 60 СК). Звідси випливає, що предметом незаконного збагачення має визнаватись і майно, яке

---

[1] Станом на 25 лютого 2019 р. йшлося про тисячу нмдг. Згідно з п. 5 розділу XX Перехідних положень ПК, для цілей застосування норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації злочинів або правопорушень сума нмдг встановлюється на рівні податкової соціальної пільги. Останню ж підпункт 169.1.1. пункту 169.1 статті 169 розділу IV ПК (зі змінами, внесеними згідно із Законом №909-VIII від 24.12.2015) визначає у розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для працездатної особи (на місяць), встановленому на 1 січня звітного податкового року. З 1 січня 2019 р. прожитковий мінімум – 1853 грн. Тобто одна тисяча нмдг дорівнює 926 500 грн.

[2] Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии: достижения и вызовы: Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009–2012 гг. – С. 65.

перебуває у спільній сумісній власності подружжя, в т.ч. у випадку, якщо право власності на майно зареєстровано за чоловіком або дружиною особи-функціонера. Водночас, з урахуванням ч. 2 ст. 97 СК, на підставі шлюбного договору майно, набуте подружжям за час шлюбу, може вважатися таким, що належить на праві особистої приватної власності одному з подружжя. Відповідно, якщо у цій ситуації відсутнє набуття особою-функціонером активів у власність, то може вбачатись передача особою-функціонером активів іншій особі.

Зворот «*набуття у власність активів*» унеможливлює інкримінування цієї норми, коли відповідна особа не накопичила (збільшила) свої статки, а незаконно позбавилась майнових витрат (наприклад, вона чи її близька особа безоплатно або за «символічною» ціною отримала різноманітні послуги – медичні, освітні, туристичні, юридичні, ремонтні, транспортні)[1].

Щодо презумпції невинуватості.

Обов'язковою ознакою предмета злочину, передбаченого у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, є те, що ***активи неможливо раціонально обгрунтувати.*** Але це не означає, що особа задля уникнення обвинувачення в незаконному збагаченні повинна доводити (довести) факт законності набуття певних активів: обов'язок доводити незаконність походження наявних у суб'єкта активів у будь-якому випадку покладається на орган обвинувачення.

Зроблений висновок випливає також з презумпції правомірності набуття права власності на майно, закріпленої в ч. 2 ст. 328 ЦК, і зі ст. 92 КПК «Обов'язок доказування»[2]. Особа, яка підозрюється (обвинувачується) у незаконному збагаченні, не зобов'язана, хоч і має право надати пояснення щодо джерел наявних у неї активів і законності їх походження (особливо це має значення в разі втрати правовстановлювальних документів на майно, смерті або зникнення близьких осіб, які подарували чи на інших правових засадах передали майно особі, заяви останньої про знахідку майна тощо).

КПК не встановлює особливого порядку кримінального провадження щодо незаконного збагачення, яким порушувалися б вимоги статей 62, 63 Конституції України, статей 17, 18 КПК.

Для проваджень щодо незаконного збагачення немає винятків із передбаченої у ст. 7 КПК вимоги дотримуватись загальних засад кримінального провадження, у т.ч. рівності перед законом і судом; презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини особи; забезпечення права на захист; змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів, у доведенні перед судом переконливості таких доказів та ін.

Також відповідно до ст. 92 КПК у провадженнях щодо незаконного збагачення обов'язок доказування залишається покладеним на слідчого або прокурора. Під час судового розгляду прокурор має довести обставини, визначені у ст. 91 КПК, зокрема подію кримінального правопорушення та винуватість обвинуваченого. Мають бути надані такі докази, якими буде доведена наявність усіх елементів складу злочину незаконного збагачення.

Таким чином, підозрюваний, обвинувачений у незаконному збагаченні не зобов'язаний підтверджувати доказами законність підстав набуття активів. Це прямо передбачено частиною 2 ст. 17 КПК.

Втім, положення статей 20, 22, 42 КПК передбачають право такої особи збирати і подавати докази, а також доводити їх переконливість перед судом. Усі сумніви щодо доведеності вини обвинуваченого мають тлумачитися судом на користь цієї особи і, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом, – обвинувачений має бути виправданий судом.

Від особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування,

---

[1] Натомість формулювання «одержання… неправомірної вигоди…», використане в первісній редакції ст. 368-2 КК, дозволяло охоплювати таку неправомірну поведінку суб'єкта. Тому таке (подібне) формулювання доцільно використати у вдосконаленій ст. 368-2 КК.

[2] У цьому зв'язку доречно згадати, що Конституційний суд Румунії в рішенні від 29 березня 2007 року розглянув конституційність системи контролю джерел доходів високопоставлених посадових осіб, державних службовців і магістратів відповідно до ст. 44 ч. (8) Конституції, яка, також як і ст. 46 ч. (3) Конституції Республіки Молдова, передбачає презумпцію законно здобутого майна. Конституційний суд висловив думку, що в разі «очевидних невідповідностей між заявленим майном на день призначення або вступу на посаду і майном, придбаним протягом виконання посади, і при наявності неспростовних доказів, що це майно не могло бути придбано за рахунок доходів, отриманих законним шляхом, або іншим законним способом, презумпція припиняє діяти і порушується процедура контролю майна». Див. п. 101 Постановления Конституционного суда Республики Молдовы №6 от 16.04.2015 г. о контроле конституционности некоторых положений Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса (расширенная конфискация и незаконное обогащение). Режим доступу: http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2

відповідно до закону не можуть вимагатися докази законності підстав набуття активів у значному розмірі, якщо така особа не вважатиме за потрібне надати докази, які б спростовували висунуті їй обвинувачення. Водночас, суд може зробити певні висновки із самої відмови давати будь-які свідчення особою, яка обвинувачується у незаконному збагаченні[1]. Слідчому, прокурору необхідно довести незаконність набуття активів, тобто відсутність усіх можливих легальних джерел їх набуття, дорожче за визначений законом поріг, причому зробити це потрібно незалежно від того, чи скористався підозрюваний своїм правом щодо давання показань.

Отже, фактична специфіка незаконного збагачення полягає лише у тому, що слідчий і прокурор повинні спрогнозувати усі можливі версії щодо набуття активів, які може висунути підозрюваний у своє виправдання, і спростувати їх належними доказами.

Практика застосування статті про незаконне збагачення демонструє, що прокурорами і судами усі останні роки використовується вкрай обережне, обмежене її тлумачення, яке не дозволяє стверджувати навіть про теоретичну можливість порушення ними презумпції невинуватості. Внаслідок такого тлумачення ст. 368-2 в редакції Закону від 12 лютого 2015 р. №198-VIII, який набрав чинності 25 квітня 2015 р., практично не застосовувалась. Є підстави вважати, що прокурори і судді весь цей час намагались закривати відповідні провадження саме через поширений міф, підтверджений згаданим вище Рішенням КСУ, ніби ця стаття порушує презумпцію невинуватості щодо відповідних підозрюваних (обвинувачених). Це мало місце навіть у тих випадках, коли під час досудового розслідування було встановлено факт набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, який *багаторазово* перевищував одну тисячу нмдг, потрібну для інкримінування зазначеної статті КК.

> *Бували випадки, коли однієї лише заяви підозрюваної особи, ніби вона випадково знайшла велику суму коштів, було достатньо для того, щоби провадження щодо неї було закрито. Наприклад, Спеціалізована антикорупційна прокуратура закрила провадження щодо незаконного збагачення начальника Національної академії сухопутних військ Павла Ткачука, ґрунтуючись лише на його свідченнях та свідченнях членів його родини. Генерал-лейтенант Павло Ткачук з офіційною зарплатою до 200 тисяч гривень на рік не декларував два заміських будинки та позашляховик Lexus, якими користувався він та члени його родини. Елітне майно було оформлене на його родичів. Однак офіційні доходи членів родини генерала не дозволяли робити такі коштовні покупки. Один із маєтків та автомобіль були оформлені на тещу керівника вишу, яка померла в 2017 році і не була допитана детективами. Тому прокурори посилалися на свідчення самого Ткачука та його оточення. «Виходячи зі свідчень допитаного як свідка Ткачука П. П., він не знає, звідки в його тещі кошти на придбання автомобіля, об'єкта незавершеного будівництва (ідеться про будинок, який був збудований, але не введений в експлуатацію). Спеціалізована антикорупційна прокуратура стверджує, що детективи НАБУ не змогли довести, що Павло Ткачук умисно приховував нерухомість та автомобіль[2].***

Засоби масової інформації рясніють заголовками про закриття кримінальних проваджень щодо осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, підозрюваних в незаконному збагаченні[3].

Згідно із офіційною статистикою за 2017 рік, були обліковано 104 злочини, передбачені ст. 368-2, при цьому 51 провадження про такі правопорушення закрито – всі за пунктами 1, 2, 4, 6 ст. 284 КПК, і жодне не направлено до суду[4]; у 2017–2018 роках засуджених за ст. 368-2 осіб немає[5].

---

[1] Основные концепции антикоррупционной деятельности. Учебное пособие / В. Дивайн, Т. Хоппе. – Страсбург: Совет Европы, 2014. Режим доступу: https://rm.coe.int/16806efe98

[2] ЦПК: САП була зацікавлена закрити провадження проти Ткачука // Слово і діло. – 27 червня 2018. Режим доступу: https://www.slovoidilo.ua/2018/06/27/novyna/polityka/czpk-sap-bula-zaczikavlena-zakryty-provadzhennya-proty-tkachuka

[3] ГПУ закрила 10 кримінальних проваджень щодо незаконного збагачення нардепів // UNN. – 6 червня 2017. Режим доступу: http://www.unn.com.ua/uk/news/1668933-u-gpu-zakrili-10-kriminalniy-provadzhen-schodo-nezakonnogo-zbagachennya-nardepiv; ГПУ не цікава зустріч Кононенка зі Злочевським. Справи закриті // Економічна правда. – 3 січня 2017 р. Режим доступу: https://www.epravda.com.ua/news/2017/01/3/616626/

[4] Статистична інформація про стан злочинності та результати прокурорсько-слідчої діяльності. Генеральна прокуратура України. Режим доступу: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113281&libid=100820&c=edit&_c=fo

[5] Форма №6. Звіт про кількість осіб засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання. Судова влада України. Режим доступу: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017. У статистичній формі, очевидно помилково, вказано про двох засуджених в 2017 р. за ст. 368-1, яка скасована ще в 2010 році.

Таким чином, будь-якої практичної проблеми порушення статтею 368-2 презумпції невинуватості не було.

Крім того, КК не існує відірвано від правової системи України. В державах континентальної правової сім'ї діє принцип єдності права, а кожне положення закону про кримінальну відповідальність суд зобов'язаний тлумачити і застосовувати в системному зв'язку з іншими положеннями як цього закону, так і інших законів.

> *Наприклад, якщо йдеться про незаконне заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК), то суд повинен на підставі аналізу положень не тільки КК, а й ЦК, СК, інших законів встановити правовий статус цього транспортного засобу і його правовий зв'язок із суб'єктом, і після чого згадати положення п. 3 ч. 1 ст. 477 КПК, згідно з яким слідчий, прокурор не можуть порушити провадження за фактом незаконного заволодіння транспортним засобом (без особливо обтяжуючих обставин), якщо його вчинено, зокрема, близьким родичем чи членом сім'ї потерпілого, і останній не подав відповідної заяви. Іншими словами, одного лише визначення у КК, що незаконне заволодіння транспортним засобом є діянням, яке карається, недостатньо для того, щоби визнати особу винною і засудити її до відповідного покарання.*

Так само і стаття про незаконне збагачення визначає тільки перелік ознак складу злочину, але одного лише збігу сукупності цих ознак із діянням конкретної особи ще недостатньо для її засудження, бо останньому передує процес доказування. А він визначений не КК, а КПК.

Презумпція невинуватості не виключає проведення різноманітних дій задля отримання доказів у кримінальному провадженні щодо незаконного збагачення.

Поняття ***доказів***, їх належності, допустимості, а також порядок збирання та оцінки закріплено в главі 4 КПК «Докази і доказування». Вказівка в ч. 1 ст. 368-2 на докази була прийнятною навіть з огляду на те, що віднесення фактичних даних до доказів є прерогативою органу обвинувачення, а не суб'єкта злочину. Тут мались на увазі докази в кримінальному провадженні, і відповідна вказівка була розрахована на правозастосувача, на якого покладено тягар доказування.

Одним із доказів у цьому разі може слугувати декларація, подана особою-функціонером у порядку, визначеному Законом «Про запобігання корупції»[1]. Згідно з його ст. 50 перевірка декларації полягає в з'ясуванні достовірності задекларованих відомостей, точності оцінки задекларованих активів, перевірці на наявність конфлікту інтересів та ознак *незаконного збагачення*. Подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, передбаченій Законом «Про запобігання корупції», або умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації має кваліфікуватись за ст. 366-1. Інкримінування цієї норми не виключає кримінальної відповідальності за незаконне збагачення – за умови наявності у вчиненому всіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 368-2.

Як випливає зі статей 11, 328, 331–345, 593, 1063, 1212 та інших ЦК, активи (кошти та інше майно) можуть бути набуті особою в результаті її численних дій або дій інших осіб, що породжують цивільні права та обов'язки. Ними можуть бути, зокрема:

- укладений договір (купівля-продаж, міна, дарування, рента, довічне утримання (догляд), найм (оренда, прокат, лізинг), позичка, зберігання, страхування, позика, кредит, банківський вклад тощо) чи інший правочин (наприклад, одержання заробітної плати або засновництво юридичної особи);
- створені літературні, художні твори, винаходи та інші результати інтелектуальної, творчої діяльності;
- завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди цій особі діями інших осіб;
- виготовлення (створення) нової речі, зокрема будівництво нерухомого майна, або перероблення речі (матеріалу);
- привласнення загальнодоступних дарів природи;
- заволодіння річчю, від якої відмовився власник;
- знайдення загубленої речі;

---

[1] Наявність майнової декларації може полегшити державному обвинувачу завдання довести, що відповідач набув майно незаконно. Якщо, наприклад, загальна сума доходу, задекларована публічним службовцем протягом всього строку його перебування на посаді, становить лише 25 тис. євро, але слідчі виявили у його власності (готівкою та на банківських рахунках) 300 тис. євро, то це є переконливим доказом, що як мінімум стосовно 275 тис. євро немає «законних підстав» набуття у значенні ст. 368-2 КК. Див.: п. 6.2 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції»).

- затримання бездоглядної домашньої тварини;
- знайдення скарбу;
- набуття майна в результаті набувальної давності;
- набуття права власності у разі приватизації державного майна та майна, що є в комунальній власності;
- набуття заставодержателем права власності на предмет застави;
- укладення договору банківського вкладу (зробити вклад) на користь третьої особи;
- витребування майна власником із чужого незаконного володіння;
- отримання завдатку;
- отримання спадку.

Це далеко не вичерпний перелік можливих версій набуття певною особою майна.

З одного боку, специфіка доказування у кримінальних провадженнях про незаконне збагачення полягає в тому, що органи досудового розслідування і прокуратура зобов'язані довести, що особа, уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, набула активи не в результаті однієї із перелічених чи інших дій. Особливу складність це має у випадках, коли підозрюваний користується своїм конституційним правом не давати показання.

З іншого боку, це завдання для сторони обвинувачення полегшується тим, що:

а) предметом цього діяння, як вже згадувалось, є активи (грошові кошти або інше майно, а також доходи від них) у певному – значному – розмірі. За чинною на початок 2019 р. редакцією ст. 368-2 це становило понад 926 500 грн. Очевидно, що шляхом привласнення загальнодоступних дарів природи (збирання ягід, лікарських рослин, ловля риби) або затримання бездоглядної домашньої тварини такого розміру активи набути неможливо;

б) зазначена вище особа відповідно до Закону «Про запобігання корупції» зобов'язана періодично декларувати відомості, перелічені у статтях 46 і 52 Закону, при цьому у десятиденний строк з моменту отримання доходу або придбання майна – отримання доходу, придбання майна на суму, яка перевищує 50 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня відповідного року (з 1 січня 2019 р. – 92 650 грн);

в) період дії статті про незаконне збагачення навіть в її редакції, яка була чинною до 26 лютого 2019 р., був досить незначним. Ще меншим він буде у разі прийняття статті КК про незаконне збагачення у новій редакції. З огляду ж на положення ч. 2 ст. 5 КК щодо зворотної дії закону про кримінальну відповідальність в часі ця редакція не матиме зворотної дії в часі.

Питання чинності в часі закону про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення.

З огляду на принцип юридичної визначеності, ст. 368-2 в редакції Закону «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 р. №198-VIII, який набрав чинності 4 березня 2015 р., фактично *не поширювала свою дію на випадки* 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 передачу нею таких активів будь-якій іншій особі, *які мали місце до 1 січня 2017 р.*

Такий підхід випливає з того факту, що законодавець не лише поклав на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, обов'язок дотримуватися вимог доброчесності, а й Законом «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р., який введено в дію з 26 квітня 2015 р., визначив механізм дотримання цих вимог, основою якого стало саме електронне декларування.

Саме ця дата – 1 січня 2017 р. – була точкою відліку, оскільки усі особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, до 1 квітня 2017 р. зобов'язані були подати і фактично подали свої *перші* декларації[1], в яких вказали відомості про всі належні їм об'єкти нерухомості, цінні папери, інше майно, перелічене у ст. 46 Закону «Про запобігання корупції», продемонструвавши суспільству точний обсяг належного їм майна станом на 00:00 годин 1 січня 2017 р.

---

[1] Насправді вони були другими лише для окремої, відносно незначної категорії осіб, які вперше подали декларації за 2015 рік восени 2016 року, але виходячи з конституційного принципу рівності всіх перед законом, цей факт слід ігнорувати.

Тим самим зазначені особи, умовно кажучи, провели **«червону лінію»**, яка визначила, *як правило*, неможливість законних підстав появи в них будь-якого іншого майна, крім вже задекларованого, з датою його набуття до 1 січня 2017 р. Інший підхід заперечуватиме зв'язок статті про незаконне збагачення, яка випливає з обов'язку дотримуватися вимог доброчесності, із запровадженням системи електронного декларування, яка дозволяє побачити фактичну ситуацію відповідного суб'єкта як власника чи користувача майна, а також його доходи, витрати тощо. Іншими словами, стаття КК про незаконне збагачення має застосовуватися згідно з принципом *ultima ratio* виключно як інструмент примушування певних суб'єктів до доброчесності.

У разі прийняття нової редакції статті про незаконне збагачення, вона поширюватиме свою дію на всі випадки набуття у власність активів, які матимуть місце з дня набрання відповідним законом чинності. У разі криміналізації володіння та користування активами (триваючі злочини) відповідальність за ці діяння наставатиме так само починаючи з дня набрання відповідним законом чинності.

Об'єктивна сторона діяння.

З об'єктивної сторони незаконне збагачення може характеризуватися вчиненням таких діянь:

1) набуття особою-функціонером активів;

2) володіння особою-функціонером активами;

3) користування особою-функціонером активами;

4) передача цією особою активів на користь будь-якої іншої особи. Така передача активів може мати на меті приховати від державних органів або громадськості факт незаконного набуття активів особою-функціонером. Проте, законодавче виділення цієї форми об'єктивної сторони суперечить ст. 20 Конвенції ООН проти корупції і є сумнівним. Адже якщо особа набула у власність певні активи, то злочин є закінченим, і вже не має значення, як вона розпорядилася цими активами – залишила їх собі чи передала іншій особі. Тим більше, що така форма об'єктивної сторони, як передача активів іншій особі (на користь іншої особи), може бути інкримінована особі-функціонеру лише з одночасним інкримінуванням їй набуття відповідних активів. Виокремлення передачі активів іншим особам, вочевидь, не було б позбавлене сенсу, якби суб'єктом такої передачі визнався не набувач, а надавач активів.

Набуття активів означає вчинення в минулому діяння, за допомогою якого особа дістала фактичну можливість володіти, користуватись й розпоряджатись певними активами. Таке набуття може бути як одноразовим, так і набувати вигляду сумарного накопичення активів. Вказівка в ст. 368-2 в редакції, яка існувала станом на 25 лютого 2019 р., на набуття активів «у власність» з погляду цивілістики є некоректною, оскільки відповідно до ст. 328 ЦК право власності набувається на підставах, що не заборонені законом. А незаконне збагачення якраз передбачає, що особа збагачується, ігноруючи заборони та обмеження, встановлені Законом «Про запобігання корупції».

Суб'єкт діяння.

Суб'єкт незаконного збагачення спеціальний – це функціонер, тобто особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування[1]. Цим поняттям не охоплюються особи, які з погляду антикорупційного закону прирівнюються до них – квазі-функціонери[2].

Особа, якій особа-функціонер передала активи, суб'єктом незаконного збагачення не повинна визнаватися, незалежно від того, чи знала вона про характер переданих їй активів. Якщо ця особа заздалегідь пообіцяла особі-функціонеру одержати (прийняти) активи від неї та одержала їх, то її дії не можуть кваліфікуватись за ст. 198: вказана домовленість виключає кримінально-правову оцінку вчиненого як прояву причетності до злочину. Не можуть аналізовані дії кваліфікуватися і як пособництво (заздалегідь обіцяне придбання предметів, здобутих злочинним шляхом) незаконному збагаченню у формі передачі активів: остання фізично неможлива без зустрічної дії – одержання (прийняття) активів.

---

[1] Такий підхід узгоджується зі ст. 2 Конвенції ООН проти корупції, яка визначає поняття державної посадової особи, вказівка на яку міститься в ст. 20 «Незаконне збагачення» цієї Конвенції.

[2] Останні частково згідно з п. 1 примітки до ст. 364 КК визнаються «публічними» службовими особами, коло яких є ширшим за коло осіб-функціонерів. Цю неузгодженість слід усунути.

Суб'єктивна сторона діяння.

Вина при незаконному збагаченні характеризується умислом. Особа має усвідомлювати той факт, що набуття нею активів вчинене всупереч заборонам і обмеженням, встановленим актикорупційним законодавством. Мотиви (зокрема, корисливий) на кваліфікацію не впливають.

Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення необхідно довести, зокрема щодо першої форми діяння, що вона, по-перше, усвідомлювала: а) факт набуття нею як особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у певному розмірі, а також б) незаконність підстав набуття цих активів, і, по-друге, передбачала, що в результаті вчинюваних діянь набуде ці активи і бажала цього, або, хоча не бажала, але свідомо припускала їх набуття (іншими словами, знала або повинна була знати про таку незаконність).

Незаконність підстав набуття активів, яку повинна усвідомлювати особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в контексті незаконного збагачення не означає, що ці активи повинні бути набуті виключно шляхом крадіжки, шахрайства чи іншого злочину. Відповідно до ч. 2 ст. 328 ЦК, право власності вважається набутим правомірно, *якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом*. Аналогічне положення міститься у ст. 204 ЦК щодо правочинів: правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним.

Одним із таких законів, з якого може випливати незаконність підстав набуття права власності, є Закон «Про запобігання корупції». Цим Законом прямо – з метою запобігання порушенню публічного порядку, частиною якого визнається доброчесність публічних службових осіб, передбачено такі **обмеження і заборони** щодо набуття коштів та іншого майна:

а) особам, зазначеним у ч. 1 ст. 3 цього Закону, забороняється використовувати свої службові повноваження або своє становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, у тому числі використовувати будь-яке державне чи комунальне майно або кошти в приватних інтересах (ст. 22);

б) особам, зазначеним у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону, забороняється безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб: 1) у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; 2) якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такої особи. Особи, зазначені у пунктах 1, 2 частини першої статті 3 цього Закону, можуть приймати подарунки, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність, крім випадків, передбачених частиною першою цієї статті, якщо вартість таких подарунків не перевищує один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки (частини 1, 2 ст. 23). При цьому ст. 24 Закону передбачає заходи щодо запобігання одержанню неправомірної вигоди або подарунка та поводження з ними.

Згідно з ч. 2 ст. 67 Закону, правочин, укладений внаслідок порушення вимог цього Закону, *може бути* визнаним недійсним. Слова «може бути» у цьому контексті не означають широкого розсуду при тлумаченні положень статей 22 і 23 Закону «Про запобігання корупції», зокрема можливість прийняття судового рішення, згідно з яким певним особам може бути дозволено одержання коштовних подарунків у зв'язку із здійсненням ними публічних функцій. Ні! Зазначені слова означають необхідність звернення до положень ЦК, які визначають вимоги до змісту правочину і правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону.

Так, згідно зі ст. 203 ЦК України, зміст правочину *не може суперечити* цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

Статті 228, 234, 235 ЦК України визначають, що:

- правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним. При цьому правочином, який порушує публічний порядок, визнається правочин, спрямований, зокрема, на незаконне заволодіння майном фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади;

- якщо визнаний судом недійсний правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін – в разі виконання правочину обома сторонами – в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою;

- фіктивний правочин визнається судом недійсним. Фіктивним є правочин, який вчинено без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим правочином;

- якщо буде встановлено, що правочин був вчинений сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили, відносини сторін регулюються правилами щодо правочину, який сторони насправді вчинили. Удаваним є правочин, який вчинено сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили.

Стаття 236 ЦК встановлює, що нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення.

> *Очевидно, що, наприклад, правочин дарування квартири дружині публічного функціонера у зв'язку із вчиненням ним певних дій на користь дарувальника насправді приховує надання неправомірної вигоди.*

Кваліфіковані види діяння.

Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення до 26 лютого 2019 р. була диференційована лише за однією ознакою – особливостями суб'єкта: до кваліфікованих видів злочину відносилось незаконне збагачення, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне (ч. 2 ст. 368-2) або особливо відповідальне становище (ч. 3 ст. 368-2). Законодавчі визначення відповідних понять наводились в пунктах 2 і 3 примітки до ст. 368.

При конструюванні нової редакції статті про незаконне збагачення слід врахувати підвищену небезпеку незаконного збагачення у великих (наприклад, понад 5 тисяч нмдг) й особливо великих (наприклад, 25 тисяч нмдг) розмірах.

Складні питання кваліфікації злочину, передбаченого ст. 368-2 КК в її редакції, чинній до 26 лютого 2018 р.

1. При застосуванні ст. 368-2 на практиці поставало запитання, чи дорівнює поняття «кінцевий бенефіціар» поняттю «власник» в контексті «набуття у власність»? Із законодавчого визначення кінцевого бенефіціарного власника (п. 20 ч. 1 ст. 1 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»), випливає, що основне в цьому специфічному понятті – відсутність у відповідної фізичної особи (контролера) статусу формального власника (володільця). Натомість ст. 368-2 наголошувала на тому, що відповідний суб'єкт набуває активи у власність. Отже, якщо виходити з чинного законодавства, то на поставлене питання, вочевидь, треба давати негативну відповідь.

Водночас вказівка у згаданій редакції ст. 368-2 на набуття активів у власність, не відображаючи суть кримінально караного збагачення і будучи здатною заплутати правозастосувача, з погляду цивілістики видається некоректною, а тому має розглядатись як умовна, а *de lege ferenda* – підлягає виключенню. Адже з урахуванням ст. 328 ЦК вести мову про те, що внаслідок вчинення злочину особа набула певне майно у власність, недоречно. До речі, наступне із поставлених питань (про те, що юридично власником майна виступає підставна (довірена) особа, слугує на користь того, що від вказівки на власність законодавцю треба відмовитись.

2. Нерідко суб'єкти злочину, передбаченого ст. 368-2, організовували придбання певного майна у власних інтересах, офіційно оформлюючи його на довірених осіб (родичів, друзів, підлеглих). Наприклад, суб'єкт злочину організовував придбання будинку, в якому в подальшому і проживав, однак договір купівлі-продажу укладався між продавцем та довіреною особою суб'єкта злочину. Зазначена довірена особа власних коштів на придбання будинку не мала і фактично виступала представником суб'єкта злочину під час цього правочину, однак право власності зареєстроване на неї. Як правильно кваліфікувати дії цих осіб і чому?

У цій ситуації предметом злочину, передбаченого ст. 368-2, як видається, виступала не нерухомість, а гроші, за які вона була придбана та які були надані суб'єктом незаконного збагачення довіреній особі. Тому якщо було встановлено таку схему (за участю довіреної особи), то саме особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка профінансувала придбання нерухомості, мала нести відповідальність за набуття у власність активів (грошей), законність набуття підстав яких не була підтверджена доказами. Тобто йдеться по першу форму

об'єктивної сторони складу злочину «незаконне збагачення», а не про альтернативне діяння у вигляді передачі належним суб'єктом активів іншій особі.

Не має вирішального значення, кому саме на праві власності належали активи, законність набуття яких є сумнівною (не підтверджується доказами) (у нашому випадку – це нерухомість, оформлена на підставну фігуру). Важливим є інше – те, що саме незаконна поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, була джерелом безпідставного збагачення цієї особи або її оточення.

Дії довіреної особи не могли розцінюватись як пособництво незаконному збагаченню (пособником згідно з ч. 4 ст. 27 КК визнається зокрема і той, хто заздалегідь обіцяв приховати предмети, здобуті злочинним шляхом). Адже на момент вчинення її дій незаконне збагачення у формі набуття активів (грошей) спеціальним суб'єктом вже було закінченим злочином. Проте, дії довіреної особи, на яку оформлено нерухомість, могли кваліфікуватися за ст. 209 (за наявності всіх ознак передбаченого нею складу злочину) або ст. 198.

3. Чи може бути сукупність ст. 368 та статті про незаконне збагачення і, якщо так, то в яких випадках? Чи є конкуренція або це суміжні злочини?

Злочин, передбачений ст. 368, є елементом обов'язкової (необхідної) співучасті, яка охоплюється умовним поняттям «хабарництво». Відповідальність за ст. 368 обумовлена посяганням, яке передбачене ст. 369. Відповідно, його вчинення передбачає також відповідну поведінку особи, яка здійснює підкуп – виконує посягання, передбачене ст. 369, склад посягання «хабарника» характеризується ознаками, спільними з ознаками посягання «хабародавця». Це, зокрема, мета – неправомірна вигода отримується за вчинення чи не вчинення дій в інтересах «хабародавця» чи третьої особи.

Водночас незаконне збагачення не є елементом «хабарництва», його вчинення не обумовлене вчиненням посягання іншою особою. Тобто, поведінка того, за рахунок кого відбувається неправомірне збагачення, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ст. 368. У низці випадків вона взагалі не повинна мати місце (наприклад, при незаконному збагаченні за рахунок ухилення від оподаткування, протиправного зайняття підприємництвом, здійснення «розкрадань» чужого майна). Тому вчинення незаконного збагачення не обумовлене вчиненням чи не вчиненням службовою особою діяння в інтересах того, за рахунок кого відбувається таке збагачення.

Кваліфікація за сукупністю зазначених діянь можлива лише у випадку, коли майно, яким особа заволоділа внаслідок вчинення предикатного злочину, не збігається з активами як предметом незаконного збагачення. Ситуація, коли постановка питання про вказану сукупність злочинів є доречною, змодельована М.І. Хавронюком у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)»: під час обшуку в житлі службової особи, підозрюваної в одержанні неправомірної вигоди в розмірі 10 тис. доларів США, знайдено ще 100 тис. доларів США невідомого походження чи, наприклад, картини відомих художників, стосовно яких службова особа пояснює, що знайшла їх на дорозі, які не були відображені у відповідних деклараціях цієї службової особи.

В іншому разі кваліфікація за вказаною сукупністю означатиме порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК).

4.2. Методика розслідування незаконного збагачення
(Р. Шехавцов)

Загальні положення.

Нормативні приписи статті КК про незаконне збагачення, як би не була вона сформульована, не мають сприйматися як такі, що саме на відповідного суб'єкта покладено обов'язок довести законність набуття ним у власність або передачу активів іншій особі, щоб його не притягнули до кримінальної відповідальності.

Сторона захисту, безумовно, на стадії досудового розслідування може ініціативно в межах наданих їй процесуальних повноважень збирати докази невинуватості підозрюваного. Але в жодному разі у всіх без винятку кримінальних провадженнях сторона обвинувачення не має займати пасивну позицію щодо збирання доказів.

Слідчий, прокурор для притягнення особи до кримінальної відповідальності мають обґрунтувати,

що ними в процесі досудового розслідування був проведений пошук всіх можливих джерел походження активів особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та здійснене їх дослідження на предмет законності набуття їх у власність, але в підсумку не встановлені законні джерела таких активів і можливості встановлення таких джерел стороною обвинувачення вичерпані. Щодо цього зауважимо – критерії розумного сумніву щодо факту та винуватості особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у вчиненні незаконного збагачення визначаються тим, що якщо особа має законні джерела походження активів, які їй належать, то вона, враховуючи її правовий статус, не буде їх приховувати, щоб не наражати себе на притягнення до кримінальної відповідальності, а навпаки, буде сприяти їх дослідженню стороною обвинувачення на стадії досудового розслідування. Відсутність співпраці цієї особи зі слідчим, прокурором є однією з підстав для висновків про незаконність джерел виявлених активів. Доброчесній особі, уповноваженій на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, немає сенсу приховувати від органів державної влади законні джерела набуття у власність активів.

Виявлення ознак незаконного збагачення може відбуватися в результаті перевірки електронних декларацій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, поданих нею за один або декілька періодів декларування. Такий аналіз можуть здійснювати як НАЗК, так і співробітники правоохоронних органів.

8 грудня 2017 р. НАЗК своїм рішенням №1375 затвердило Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно необхідності попереднього встановлення фактів порушення антикорупційного законодавства, а саме декларування недостовірної інформації та незаконного збагачення, НАЗК під час повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, для порушення кримінального провадження за ознаками кримінальних правопорушень, передбачених ст. 366-1 та ст. 368-2. Ним визначено, що практика правоохоронних органів щодо внесення відомостей до ЄРДР щодо вказаних злочинів без попередньої повної перевірки декларації та висновків, викладених у рішенні НАЗК, щодо наявності в діях особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ознак порушень антикорупційного законодавства, зокрема, декларування недостовірної інформації та незаконного збагачення, є проявом зловживання з боку правоохоронних органів та свідчить про вибірковість і упередженість органів досудового розслідування, а також про невідповідність їх дій таким загальним принципам права, як верховенство права, законність, рівність перед законом і судом, справедливість, невтручання у приватне життя тощо.

У висновку щодо цього рішення, підготовленому М. Хавронюком, правильно вказується на те, що:

- НАБУ, інші органи досудового розслідування на підставі КПК уповноважені розпочинати кримінальні провадження за статтями 366-1 і 368-2 та розслідувати їх, і чинне законодавство не містить додаткових умов для внесення ними відомостей про ці злочини до ЄРДР;

- НАЗК не уповноважене згідно із законом брати участь у досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень (зокрема, передбачених статтями 366-1 і 368-2) у формі так званої «дослідчої перевірки» (до внесення відомостей в ЄРДР);

- НАЗК, затверджуючи ці Роз'яснення, перевищило свої повноваження, тобто не діяло на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Співробітник оперативного підрозділу, слідчий, який самостійно виявив ознаки цих злочинів, у своєму рапорті на ім'я керівника підрозділу правоохоронного органу з посиланням на одержані ними дані викладають обставини вчинення злочинів, передбачених статтями 366-1, 368-2, після чого відомості про нього вносяться до ЄРДР. Але це не є перешкодою до звернення до НАЗК щодо проведення ним повної перевірки декларацій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Така перевірка НАЗК сприятиме досудовому розслідуванню.

Рішення НАЗК, яке містить висновки щодо наявності у діях особи ознак незаконного збагачення та інших порушень антикорупційного законодавства, буде виступати, з одного боку, підтвердженням правильності їх оцінки стороною обвинувачення, а з іншого – може надати слідству додаткові дані щодо джерел доходів особи, декларація якої була піддана повній перевірці. При цьому не слід боятися імовірності того, що НАЗК дасть негативний висновок щодо наявності в діях такої особи ознак незаконного збагачення та декларування недостовірної інформації. Попри те, що НАЗК згідно із законом має широкий спектр повноважень з перевірки декларацій, результати його діяльності

не мають сприйматися слідчим, прокурором як остаточні. Аналіз рішень НАЗК про результати здійснення повних перевірок декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, свідчить, що агентство обмежується звіркою задекларованих відомостей з даними, які містяться у відповідних базах даних, у органів державної влади, місцевого самоврядування, банківських установ та інших суб'єктів господарювання та одержання пояснень від декларанта. Так, в базах даних (реєстрах, кадастрах) може міститися інформація, яка збігається із задекларованою, але її внесення до цих баз даних (реєстрів, кадастрів) може бути результатом укладання фіктивного або уявного правочину, спрямованого на забезпечення приховування факту незаконного збагачення. Реєстратори, як і НАЗК, не здійснюють повною мірою перевірку законності правочинів. Тому тільки у сукупності з іншими зібраними доказами рішення НАЗК щодо наявності або відсутності факту незаконного збагачення, декларування недостовірної інформації може бути покладене в обґрунтування процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

Декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, під час досудового розслідування незаконного збагачення є одним з основних первинних об'єктів дослідження для сторони обвинувачення. Вивченню підлягає не тільки декларація за той рік, коли особа відобразила набуття нею або особою, яка спільно з нею проживає, у власність активів, а й за попередні роки. Відображені у них відомості підлягають співставленню та перевірці на предмет їх достовірності. Але декларації відображають не тільки заявлений особою її майновий стан та осіб, з якими вона спільно проживає, а й дії фізичних, юридичних осіб, які здійсненням заявлених у декларації правочинів вплинули на зміну майнового стану особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, чи особи, яка з нею спільно проживає.

Ускладнюють перевірку законності набуття у володіння таких активів їх властивості, а також дії, до яких вдаються особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та інші особи для надання ознак законності їх одержання шляхом укладання фіктивних або удаваних правочинів тощо.

Наприклад, декларування «одержання у подарунок» грошових коштів від родича, які фактично останнім особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не надавалися, а були одержані такою особою незаконно, або транспортного засобу, нерухомого майна тощо, які фактично були куплені родичем за гроші такої особи, одержані незаконно, а потім були «подаровані» їй родичем.

За аналогічною схемою можуть здійснюватися «страхові виплати», «надаватися позики» тощо і на користь не тільки особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а й іншої, погодженої з нею особи.

Суттєво утруднює виявлення фіктивних та уявних правочинів відсутність визначення у ЦК змісту таких критеріїв щодо угод як їх справедливість, розумність та добросовісність у співвідношенні зі свободою договору та звичаями ділового обороту (пункти 3, 6 ст. 3, ч. 2 ст. 7, ч. 1 ст. 627 ЦК).

Це призводить до того, що як законні представляються угоди, в яких одна зі сторін бере на себе зобов'язання, які не можуть бути раціонально поясненими через очевидну шкоду її інтересам, наприклад, купівля-продаж майна по ціні в кілька разів нижчої за ринкову, надання безвідсоткової позики з погашенням протягом тривалого часу, що в умовах інфляції в державі зменшує їх реальну цінність як засобу платежу тощо. Але свободі визначення умов договору на практиці надається невиправданий пріоритет перед розумністю та звичаями ділового обороту. Цього не має бути. Такий підхід до угод створює умови для приховування злочинів, зокрема, корупційних.

Слідчі, прокурори повинні досліджувати правочини на предмет дотримання при їх здійсненні норм законів, які їх прямо регламентують, не забуваючи, що нормативні приписи ч. 1 ст. 627 ЦК взаємопов'язують між собою свободу в укладенні договору, вибору контрагента та визначення умов договору з вимогою розумності та звичаями ділового обороту. Нераціональні дії сторін при укладанні та виконанні угод мають виступати підставою для з'ясування їх причин. За такими діями може стояти приховування незаконного збагачення.

Приховування незаконного збагачення може втілюватися, наприклад:

- у заниженні реальних товарних властивостей речей, які були придбані особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, шляхом представлення їх, наприклад, як контрафактних, і, таким чином, забезпечуючи зменшення їх заявленої вартості до суми витрат на кожний предмет до розміру, який не є значним;

- у визначенні «наявності» у речі дефектів, значного зносу, які вплинули на зменшення ціни на цю річ до рівня нижчого за середньоринкову за аналогічні речі (наприклад, «пошкодження» чи «великий пробіг» транспортного засобу);

- у завищенні реальної ринкової вартості товарно-матеріальних цінностей, які продала особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, з фактичним включенням у суму по договору купівлі-продажу частини грошових коштів, які належать особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і відповідно реально покупцем їй не передавались.

Особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, вдаються до таких дій з метою набуття можливості легально володіти, користуватися, розпоряджатися незаконно одержаними активами як своєю власністю або як легальною власністю іншої особи.

Виявлення у задекларованих правочинах ознак приховування незаконного збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є складним завданням, вирішення якого потребує збирання та ретельного вивчення даних про матеріальне становище цієї особи та особи (фізичної, юридичної), яка виступила стороною у правочині, який забезпечив одержання у власність активів, обставин вчинення правочину. Наприклад, встановлення невідповідності реального матеріального становища однієї з осіб, яка виступила стороною правочину, взятим на себе зобов'язанням, даних угоди, бухгалтерського обліку юридичної особи щодо умов правочину та виплат грошових коштів за ним, заявленим у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Одержання таких даних зумовлює визначення в якості подальшого напряму розслідування з'ясування реального джерела активів, які виступили предметом правочину, чи є воно законним.

Додаткову складність для доказування незаконного збагачення представляють ситуації використання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, інших осіб, яким передаються активи, якими незаконно володіє ця особа. Доказуванню у таких ситуаціях підлягають:

а) взаємозв'язок між цими особами. Це може бути здійснене через допити свідків, тимчасові доступи до документів операторів телекомунікації, а у визначених законом випадках і шляхом зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж;

б) наявність у власності особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, набутих незаконно, і те, що ці активи були передані іншій особі безпосередньо цією особою або за її згодою іншими особами. Це довести найскладніше. Тим більше, коли особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, використовується непряма передача набутих нею незаконних активів, особливо через декілька суб'єктів господарювання.

Сприятливими для встановлення цих обставин є ситуації, коли до виявлення незаконного збагачення слідство йде від аналізу законності джерел набуття активів фізичних або юридичних осіб пов'язаних із особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Своєрідним індикатором обрання цих осіб для дослідження їх діяльності може бути одержання даних щодо, наприклад, сприяння їх діяльності особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або набуття активів особою у розмірах, які не відповідають фактичним результатам її професійної (для фізичних осіб) або фінансово-господарської (для юридичних осіб) діяльності.

Виявлення, зокрема, шляхом проведення економічних експертиз в рамках кримінальних проваджень щодо інших корупційних злочинів, фактів здійснення фіктивних або уявних правочинів із залученням активів, законність джерел яких не встановлено, відкриває можливість для відпрацювання версії під час допитів осіб, причетних до оформлення таких правочинів, що власником цих активів є особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. У свою чергу, у разі одержання таких даних відкривається перспектива виявити факти вчинення суб'єктом декларування корупційних чи інших злочинів. Від зібраних у підсумку доказів залежатиме, як будуть кваліфіковані дії особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та інших осіб.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину отримані в результаті здійснення перевірки електронних декларацій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка здійснена НАЗК або правоохоронним органом.

Найбільш сприятливою для розслідування є ситуація, коли у розпорядженні органу досудового розслідування є висновок НАЗК, в якому за результатами повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, констатована наявність ознак її незаконного збагачення, або відповідні аналітичні матеріали правоохоронного органу.

Однак, якщо таку перевірку здійснює слідчий в межах кримінального провадження, не звертаючись до НАЗК щодо здійснення агентством повної перевірки декларації, то йому слід орієнтуватися на комплекс баз даних, які опрацьовуються НАЗК для забезпечення повноти перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

До числа таких **баз даних** відносяться:

- Державний реєстр речових прав на нерухоме майно;
- Державний реєстр іпотек;
- Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна;
- Єдиний державний реєстр МВС;
- Державний реєстр цивільних повітряних суден України;
- Державний судновий реєстр України та Суднова книга України;
- Державний земельний кадастр;
- Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань;
- Державний реєстр фізичних осіб – платників податків про суми доходів, нарахованих фізичним особам податковими агентами, та/або суми доходів, отриманих самозайнятими особами, а також розмір утриманого податку з доходів фізичних осіб;
- інтегрована міжвідомча інформаційно-телекомунікаційна система щодо контролю осіб, транспортних засобів та вантажів, які перетинають державний кордон (система «Аркан»);
- Державний реєстр патентів України на винаходи;
- Державний реєстр патентів України на корисні моделі;
- Державний реєстр патентів України на промислові зразки;
- Державний реєстр свідоцтв України на знаки для товарів і послуг;
- обліки Державної служби України з питань праці, Пенсійного фонду України, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

За наявності для цього підстав здійснюється також звернення до відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, банківських установ, суб'єктів господарювання незалежно від форм власності щодо одержання відомостей, які мають значення для оцінки даних, наведених у декларації особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Якщо НАЗК разом із рішенням, яке містить висновки щодо наявності ознак незаконного збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передає оригінали документів, на яких вони ґрунтуються, то вони долучаються до матеріалів кримінального провадження і повторно звертатися із запитами до адміністраторів баз даних (реєстрів, кадастрів), органів державної влади, місцевого самоврядування, банківських установ, суб'єктів господарювання потреби не має. Якщо оригінали матеріалів повної перевірки не надані, то НАЗК треба звернутися до агентства щодо їх надання, зокрема, декларації суб'єкта декларування щодо незаконного збагачення якого здійснюється досудове розслідування. Якщо слідчий вважає за доцільне переконатися у точності висновків НАЗК щодо незаконного збагачення, то він може повторно витребувати у відповідних суб'єктів потрібні відомості або здійснити до їх носіїв тимчасовий доступ.

Напрями розслідування незаконного збагачення та відповідний їм комплекс слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, які необхідно буде провести щодо доведення факту незаконного збагачення, залежать від виду активів, щодо яких сумнівною є законність їх набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або іншою особою, щодо якої є підстави вважати, що їй були передані такі активи.

Наприклад, якщо у декларації зазначено, що особі подарувала грошові кошти інша особа, то щоб довести фіктивність такої угоди, треба встановити невідповідність матеріального стану особи, яка

їх подарувала, джерел її доходів, можливості накопичення таких коштів з урахуванням її витрат на життя.

Для цього здійснюється **допит** цієї особи як свідка щодо джерел та інших обставин набуття нею грошових коштів у сумі, яка була задекларована особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Її показання перевіряються шляхом здійснення допитів інших осіб, які можуть з її слів підтвердити або ні наведені нею дані, тимчасовим доступом до документів органів державної влади, місцевого самоврядування, суб'єктів господарювання для одержання даних про доходи особи. У разі не підтвердження показань особи щодо відповідності джерел її доходів можливості накопичити та подарувати гроші суб'єкту декларування у зазначеній у його декларації сумі, це виступає підставою для повторного допиту цієї особи.

Використанням раніше наданих показань, відомостей, одержаних з документів про джерела доходів особи під час такого допиту забезпечується можливість схилити допитуваного до повідомлення достовірних даних про дійсне джерело «подарованих» нею грошей особі, уповноваженій на використання функцій держави або місцевого самоврядування, та про відомі їй обставини набуття цих грошей такою особою.

Одержані дані про відсутність законного джерела походження «подарованих» грошей суб'єкту декларування виступатимуть підставою для проведення **обшуку** у житлі чи іншому володінні особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та житлі чи іншому володінні особи, яка спільно проживає з цією особою, для вилучення цих грошей. Такі обшуки мають використовуватися слідчим для пошуку інших матеріальних цінностей, які не були задекларовані особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. У разі їх виявлення, вони обов'язково тимчасово вилучаються та вирішується питання щодо накладення на них арешту. Щодо цих активів здійснюється дослідження їх джерел походження, вартості і залежно від його результатів може бути прийняте рішення щодо внесення відомостей до ЄРДР та про об'єднання кримінальних проваджень в порядку ст. 217 КПК. Таке дослідження може включати проведення товарознавчої, мистецтвознавчої експертизи, запити, тимчасові доступи до документів торгівельних установ, де були придбані вилучені речі, тощо.

У випадках набуття суб'єктом декларування нерухомого майна, залежно від способу його набуття (купівля-продаж, дарування, спадщина, самостійне будівництво та введення у експлуатацію), здійснюються процесуальні дії, спрямовані на встановлення реальної вартості цього майна, витрат на його утримання.

У деклараціях суб'єктів декларування непоодинокими є випадки не наведення вартості майна, яке належить їм або особам, які спільно з ними проживають. Такими особами це може пояснюватися тим, що на момент закінчення періоду, за який подається декларація, не була здійснена оцінка вартості набутого ними майна. Таке може бути, однак, дуже важко уявити, щоб особа, яка, наприклад, самостійно здійснювала будівництво, не володіла даними про свої витрати, що є одним з основних компонентів формування ціни на нерухоме майно.

Витрати на будівництво нерухомого майна, яке належить на праві спільної чи одноосібної власності особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, мають бути у таких ситуаціях встановлені та проаналізовані в контексті джерел, з яких здійснювалося фінансування будівництва. З'ясуванню цього сприяє проведення огляду нерухомого майна для фіксування його технічних характеристик. Рекомендується цю слідчу (розшукову) дію проводити за участі експерта, який буде проводити будівельно-технічну експертизу. Слідчий також має вилучити технічну документацію об'єкта нерухомості та документи, які містять відомості щодо витрат на будівництво, введення в експлуатацію об'єкта нерухомості. Залежно від місцезнаходження таких документів це може бути здійснене шляхом тимчасового доступу до документів (наприклад, у будівельній фірмі) або обшуку.

Такі документи містять важливу для з'ясування обставин незаконного збагачення інформацію щодо джерел фінансування будівництва. Витрати на будівництво, про які заявляє особа, представляючи щодо цього документи, слід вивчати на предмет можливого заниження їх ринкової вартості на момент придбання будівельних матеріалів, здійснення будівельних та інших робіт по об'єкту нерухомості. За наявності значної різниці по цих параметрах мають бути встановлені причини цього. Такі дані виступають підставою висунення версії щодо можливої причетності будівельної

фірми до приховування незаконного збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

На підставі зібраних слідством документів для встановлення вартості будівництва об'єкта нерухомості від проектних робіт до введення його в експлуатацію призначається будівельно-технічна **експертиза.** Результати цієї експертизи в подальшому використовуються під час аналізу доходів суб'єкта декларування, осіб, які з ним спільно проживають, на предмет можливості здійснити фінансування будівництва. За аналогічним алгоритмом може здійснюватися дослідження об'єкта нерухомості у випадках, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, одержує його у подарунок, спадок від родича, який його побудував. Через дослідження матеріального становища останнього слідство може вийти на встановлення факту незаконного збагачення суб'єкта декларування.

Слідчому, прокурору у таких кримінальних провадженнях необхідно завжди чітко визначати, що встановлені ними факти набуття особою активів, які не підтверджені доказами його законності, відбулися після того, як ця особа стала уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Після одержання достатньої кількості доказів незаконного збагачення особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, **повідомляється про підозру,** здійснюється її допит, яким мають охоплюватися як питання щодо набуття нею відповідного статусу, встановлених слідством законних джерел її доходів та осіб, які спільно з нею проживають, часток власності цієї особи при спільному володінні певними активами на предмет відповідності цим доходам, а також щодо пояснення причин невідповідності доходів встановленій вартості активів, які їй належать, або особі, яка з нею спільно проживає.

Якщо мало місце набуття у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів від особи, набуття яких останній відбулося шляхом попередньої передачі їй активів від підозрюваного (наприклад, як описано вище, для придбання з подальшим фіктивним «даруванням» їй майна, яке фактично було куплене за гроші підозрюваного), то цій особі ставляться питання щодо обставин передачі грошів іншій особі та дарування підозрюваному майна, яке було куплене за ці гроші. На ці запитання можуть бути одержані заперечення від допитуваного. Але на фоні встановленої під час досудового розслідування неможливості особи, яка «подарувала» майно, набути його із законних джерел, які вона має, обізнаності щодо цього підозрюваного (тобто, що він, виходячи з характеру відносин з особою, яка «подарувала» майно, не міг не знати, що законні джерела його доходів не дозволяють йому набути це майно), такі заперечення не будуть виглядати обґрунтованими.

Безумовно, оптимальним для доказування незаконного збагачення є попереднє одержання показань особи, яка «подарувала» майно підозрюваному, про передачу їй грошових коштів від особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, для придбання нею майна з подальшим «даруванням» його цій особі. Залежно від результатів допиту підозрюваного можуть бути проведені **одночасні допити** двох чи більше раніше допитаних осіб, тимчасові доступи до речей і документів тощо.

Після повідомлення про підозру слідчий має здійснити процесуальні дії, спрямовані на накладення **арешту на майно** підозрюваного, яке може бути піддане конфіскації. Щодо активів, які належать підозрюваному, переданих ним іншій особі у зв'язку із незаконним збагаченням, то вони мають бути також арештовані для вирішення питання щодо їх спеціальної конфіскації.

2. Відомості про подію злочину отримані в результаті виявлення та розслідування корупційних злочинів.

Під час досудового розслідування інших корупційних злочинів, наприклад, передбачених статтями 191, 368, при проведенні **обшуків** може бути встановлене володіння особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або особами, з якими вона спільно проживає, активами, які ця особа не декларувала.

Безумовно, щоб мати підстави для **тимчасового вилучення** такого майна під час обшуку необхідно бути обізнаним щодо матеріального становища цієї особи, яке задекларованe нею. Завдяки можливості здійснення відкритого доступу до ЄДРД слідчий може прямо під час проведення обшуку порівняти кількість виявлених під час обшуку грошових коштів з останньою декларацією цієї особи.

Щодо джерела походження цих коштів та невідповідності їх декларації під час проведення

обшуку слідчий може поставити запитання особі, яка присутня на місці обшуку, для одержання від неї відповідних пояснень. Подальший алгоритм дій слідчого щодо встановлення факту незаконного збагачення в цілому відповідає прикладам, описаним щодо першої слідчої ситуації.

3. *Відомості про подію злочину отримані в результаті розповсюдження через засоби масової інформації даних вивчення матеріального становища та витрат особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, їх родичів громадськими організаціями, окремими громадськими активістами, журналістами або їх звернень до правоохоронного органу.*

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР підлягають **допиту** як свідок особа, яка повідомила про вчинений злочин, щодо відомих їй обставин вчинення незаконного збагачення, щодо джерел, з яких їй про це стало відомо, проведеного нею дослідження матеріального становища та витрат особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, їх родичів, а також місцезнаходження документів, які підтверджують її показання.

Документи, наявні у особи або у інших осіб, на які свідок вказав як на першоджерела одержаних ним відомостей та документів, проведенням **тимчасового доступу** мають бути вилучені. Особи, які надали свідку документи, мають бути також допитані як свідки щодо змісту та походження цих документів.

Оптимальним для з'ясування наявності ознак незаконного збагачення у цій слідчій ситуації є здійснення перевірки декларації слідчим самостійно і шляхом звернення до НАЗК. Подальший алгоритм дій слідчого щодо встановлення факту незаконного збагачення в цілому відповідає прикладам, описаним щодо першої слідчої ситуації.

4.3. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК) *(О. Дудоров)*

Обов'язкові ознаки складу злочину.

Обов'язковими ознаками складу злочину, передбаченого ст. 209, є:

1) предмет – кошти або інше майно, одержане внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню доходів;

2) діяння – вчинення фінансової операції або правочину з таким майном, вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження певного майна чи володіння ним, прав на нього, джерела його походження, місцезнаходження, переміщення, зміну його форми (перетворення), а так само набуття, володіння або використання майна, одержаного внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню;

3) суб'єкт – загальний;

4) вина у формі прямого умислу;

5) мета – приховати фактичне джерело походження майна, представити останнє як таке, що має законне (легальне) походження.

Значення кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів для боротьби з корупцією.

Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (далі у цьому коментарі – відмивання), є конвенційним злочином. Поява в КК ст. 209 є, перш за все, результатом гармонізації національного законодавства із загальноєвропейським. Йдеться передусім про: Конвенцію РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 8 листопада 1990 р. (Страсбурзька конвенція; ратифікована Україною 17 грудня 1997 р.); Конвенцію РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму, від 16 травня 2005 р. (Варшавська конвенція; ратифікована Україною 17 листопада 2010 р.). Причому в додатку до Варшавської конвенції міститься перелік категорій злочинів, які при застосуванні будь-якого підходу щодо визначення предикатних злочинів держави повинні визнавати первинними стосовно відмивання та які не можуть бути виключені на підставі застережень при ратифікації. До цього переліку злочинів, серед іншого, включено корупцію.

Та обставина, що коментована кримінально-правова заборона є складовою (елементом) завершального рубежу правової протидії корупційним злочинам, підтверджується й іншими міжнародно-правовими документами. Так, ст. 23 Конвенції ООН проти корупції вказує на обов'язок

держав визнавати злочином певні діяння, які розцінюються як відмивання, орієнтуючи при цьому на найширше коло предикатних злочинів і водночас закріплюючи право держав не встановлювати кримінальну відповідальність за відмивання для осіб, які вчинили предикатні (основні) злочини.

Стаття 13 Кримінальної конвенції РЄ проти корупції, присвячена безпосередньо відмиванню доходів, отриманих від злочинів, пов'язаних із корупцією, відображаючи тісний зв'язок між корупцією і відмиванням, зобов'язує держави запровадити у своєму національному законодавстві кримінальну відповідальність за дії, вказані у пунктах 1 і 2 ст. 6 Страсбурзької конвенції, – якщо: а) предикатний злочин є одним зі злочинів, визначених у статтях 2–12 Конвенції (йдеться про прояви хабарництва і зловживання впливом), і б) держава не зробила застереження чи заяви стосовно цих злочинів або не вважає такі злочини тяжкими з огляду на законодавство про відмивання. Відповідних застережень і заяв у Законі «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18.10.2006 р. не зроблено, а КК (при дотриманні умов, зазначених у п. 1 примітки до ст. 209) дозволяє визнавати корупційні злочини предикатними діяннями[1].

Корумповані службові особи можуть скористатися плодами своєї незаконної діяльності тільки за умови приховування походження своїх коштів. Як правило, операції з відмивання мають три стадії: введення доходів у фінансову систему (впровадження); участь у різних операціях, покликаних дистанціювати доходи від їхнього джерела й утруднити їхнє відстеження (розподіл); включення коштів у законний економічний обіг шляхом здійснення легітимних операцій (інтеграція)[2].

Предмет злочину.

Обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 209, є **предмет** – кошти або інше майно, одержане внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню доходів.

Законодавець при визначенні предмета відмивання використав пороговий метод: п. 1 примітки до ст. 209 містить вказівку на покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад 3 тис. нмдг. Під майном з погляду кваліфікації за ст. 209 слід розуміти будь-яку економічну вигоду, що може складатися з рухомого чи нерухомого майна. Це може бути у т.ч. неправомірна вигода, одержана в результаті вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369-2. Кошти у цьому разі можуть виступати як у готівковій, так і в безготівковій формі, бути національною або іноземною валютою. ЦК зараховує гроші до майна безвідносно до їхньої форми, а під майном як особливим об'єктом розуміє річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Майно потрібно вважати одержаним унаслідок вчинення предикатного діяння, якщо воно прямо або опосередковано отримано в результаті вчинення такого діяння. Опосередкований шлях отримання майна означає зміну його первинного вигляду. Наприклад, предметом відмивання слід визнавати і майно, отримане в обмін на здобуте злочинним шляхом або внаслідок його іншої реалізації. Головне – щоб особа, яка опинилась на кінці цього своєрідного ланцюжка, усвідомлювала відповідне джерело походження майна, а спосіб його одержання не був вчиненням діяння, що містить ознаки складу розглядуваного злочину.

Стаття 209 не є нормою з кримінально-правовою преюдицією, яка вимагає попереднього ухвалення обвинувального вироку за предикатне діяння – джерело «брудного» майна[3]. Положення про необхідність дотримання стосовно суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало

---

[1] Корупційні діяння фігурують серед основних правопорушень, пов'язаних з відмиванням, і в п. 14 Преамбули Директиви (ЄС) 2015/849 Європейського Парламенту та Ради про запобігання використанню фінансової системи для відмивання доходів та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС, від 20.05.2015 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20(EU)%202015_UA.htm).

[2] Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции. Второе исправленное и дополненное издание, 2012 год. С. 49 (https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_R.pdf).

[3] Міжнародно-правові документи не визнають обвинувальний вирок суду у справі про предикатний злочин необхідною ознакою предмета відмивання. Так, п. 3 ст. 6 Страсбурзької конвенції і п. 2 ст. 9 Варшавської конвенції передбачають кваліфікацію як злочинних дій вчиненого у тому разі, коли правопорушник повинен був припускати, що власність є доходом, діяв з метою одержання прибутку або з метою сприяння продовженню злочинної діяльності, а усвідомленість, наміри чи мотиви, необхідні як елементи складу злочину, можуть бути встановлені на підставі об'єктивних фактичних обставин.

Відповідна позиція FATF полягає в тому, що при доведенні тієї обставини, що майно одержане злочинним шляхом, засудження особи за вчинення предикатного злочину не є обов'язковим (Рекомендації FATF. Міжнародні стандарти боротьби з відмиванням коштів, фінансуванням тероризму і розповсюдженням зброї масового знищення. Методологія з оцінки відповідності

відмиванню, конституційного принципу презумпції невинуватості вже на початку кримінального провадження за коментованою статтею КК є необґрунтованим. Вказаному принципу, зокрема, не суперечить та обставина, що у низці кримінально-правових норм (зокрема, у статтях 45–48, 198, 396) йдеться про вчинення злочину особою безвідносно до того, чи встановлено це в судовому порядку. До того ж можливою є ситуація, коли суб'єкт, який вчинив предикатне діяння, переховується від слідства і суду або з інших причин не може зазнати кримінальної відповідальності, а одержане ним «брудне» майно відмивається іншими особами.

Кваліфікація за ст. 209 не виключається, наприклад, у випадках, коли особа, яка вчинила предикатне діяння, була звільнена від кримінальної відповідальності у встановленому порядку (скажімо, у зв'язку із закінченням строків давності) або не притягувалася до такої відповідальності (наприклад, у зв'язку зі смертю), а одержане внаслідок вчиненого нею діяння майно стало предметом відмивання.

Для інкримінування ст. 209 особі, яка не вчиняла предикатного діяння, достатньо [встановленого за допомогою будь-яких об'єктивних даних] усвідомлення нею того, що вона вчиняє дії з майном, одержаним унаслідок вчинення протиправного діяння, що передувало відмиванню. Особа одночасно притягується до кримінальної відповідальності за предикатний злочин і за відмивання коштів або іншого майна, одержаних унаслідок його вчинення, тобто за сукупністю цих злочинів, якщо вона усвідомлює, що вчиняє відмивання таких коштів (майна). На користь зробленого висновку вказує і ч. 9 ст. 216 КПК. При цьому наявність обвинувального вироку суду, яким особу визнано винуватою у вчиненні предикатного злочину, як і наявність іншого процесуального документа, що підтверджує факт вчинення такого злочину, полегшує доказування у кримінальному провадженні щодо відмивання[1].

Для кваліфікації за ст. 209 не має значення місце вчинення предикатного діяння: місцем одержання «брудних» доходів може бути територія як України, так й іншої держави. В останньому випадку вимагається, щоб діяння (джерело майна) одночасно визнавалось і предикатним злочином за кримінальним законом іноземної держави, і злочином, унаслідок вчинення якого одержуються доходи, за КК України (принцип подвійної кримінальності). При цьому для визнання предикатним діянням злочину, вчиненого в іншій державі, не має значення, яке за видом та розміром покарання передбачене за його вчинення як її кримінальним законом, так і за таке саме діяння вітчизняним КК (у разі його вчинення на території України).

Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, за загальним правилом, слід кваліфікувати за ст. 306. З погляду кримінальної відповідальності за відмивання доходів, одержаних внаслідок вчинення корупційних злочинів, у цьому разі маються на увазі ті різновиди заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, які передбачені статтями 308 і 312. Водночас якщо за вказані кошти придбається майно, яке не підлягає приватизації або яке не належить до обладнання для

рекомендаціям FATF та ефективності систем протидії відмиванню коштів та боротьби з фінансуванням тероризму. Правила та процедури 5-го раунду взаємних оцінок комітетом MONEYVAL. Лютий 2018 року. С. 37, 38 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20181017/BOOK.pdf)).

[1] Експерти РЄ, прагнучи зорієнтувати правозастосувачів на протидію «автономному відмиванню коштів», вказують на доцільність уточнення ст. 209 КК, щоб з неї чітко випливало, що для судового розгляду справи про відмивання не потрібне засудження за предикатний злочин. Адже необхідність встановлення такого засудження може стати істотною перешкодою на шляху до загальної ефективності криміналізації відмивання. Тому пропонується включити в ст. 209 КК положення про те, що особу може бути засуджено за відмивання і за відсутності судового визнання винуватості у здійсненні основної злочинної діяльності та за умови, що існування предикатного злочину може бути встановлено на підставі непрямих чи інших доказів без покладення на сторону обвинувачення обов'язку довести засудження за вчинення основної злочинної діяльності (Заходи щодо боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. Україна. Звіт за результатами п'ятого раунду взаємної оцінки. Підготовлений Комітетом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL). Грудень 2017 року. С. 8, 13, 41, 42, 43, 52, 215, 287 (http://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2018/03/zvit_ukr.pdf)).

FATF також наголошує на необхідності кримінального переслідування «автономного відмивання». Стверджується, що це може бути особливо актуальним, зокрема, тоді, коли бракує доказів конкретного предикатного злочину, що призводить до отримання злочинних доходів, а так само у ситуаціях відсутності територіальної юрисдикції щодо предикатного злочину (Рекомендації FATF. Міжнародні стандарти боротьби з відмиванням коштів, фінансуванням тероризму і розповсюдженням зброї масового знищення. Методологія з оцінки відповідності рекомендаціям FATF та ефективності систем протидії відмиванню коштів та боротьби з фінансуванням тероризму. Правила та процедури 5-го раунду взаємних оцінок комітетом MONEYVAL. Лютий 2018 року. С. 187 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20181017/BOOK.pdf)).

виробничих та інших потреб (наприклад, нерухомість або транспортний засіб), або такі кошти використовуються у правомірній підприємницькій та іншій господарській діяльності, але не у вигляді розміщення їх у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та їх підрозділах, вчинене треба кваліфікувати не за ст. 306, а за ст. 209 (за наявності всіх ознак передбаченого нею складу злочину).

Об'єктивна сторона злочину.

Злочин, передбачений ст. 209, може альтернативно виражатись в одній із таких форм:

1) вчинення фінансової операції з коштами або іншим майном відповідного походження;

2) вчинення правочину з такими коштами та майном;

3) вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження таких коштів або майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, зміну їх форми (перетворення);

4) набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, одержаних унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню.

Взагалі під ***відмиванням*** слід розуміти вчинення дій з майном, здобутим внаслідок вчинення предикатного злочину, спрямованих на надання йому вигляду майна законного походження задля подальшого використання в господарській чи іншій законній діяльності. Таке визначення дозволяє відрізнити відмивання від інших різновидів обігу майна злочинного походження (зокрема, його споживання, придбання, отримання, зберігання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом, а так само фінансування злочинної діяльності).

Фінансовою операцією треба передусім визнавати будь-яку дію щодо активів, здійснену за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу, або про які стало відомо суб'єкту державного фінансового моніторингу в рамках виконання вимог антилегалізаційного законодавства.

> *Це, наприклад, внесення або зняття депозиту, переказ грошей з рахунку на рахунок, обмін валюти, надання або отримання позики або кредиту, страхування (перестрахування), надання фінансових гарантій та зобов'язань, надання послуг з випуску, купівлі, продажу і обслуговування чеків, векселів, платіжних карток, грошових поштових переказів та інших платіжних інструментів, відкриття рахунка.*
>
> *Так, до найпоширеніших способів відмивання корупційних доходів ДСФМ відносить, серед іншого, переведення готівки, отриманої як неправомірна вигода, у безготівкову форму. Кошти, отримані злочинним шляхом, можуть бути інтегровані у фінансову систему, зокрема, шляхом внесення готівки на: депозитні рахунки суб'єктів господарювання або фізичних осіб з подальшим зняттям їх того самого або наступного дня; депозитні рахунки суб'єктів господарювання або фізичних осіб та переуступлення права на їхнє одержання за банківськими кредитними угодами; ощадні рахунки суб'єктів господарювання або фізичних осіб з випуском ощадних сертифікатів на пред'явника; рахунки обліку заборгованості за банківськими кредитами суб'єктам господарювання*[1].

Фінансова операція з погляду кваліфікації за ст. 209 може здійснюватись за допомогою як суб'єкта первинного фінансового моніторингу, так і будь-якого іншого суб'єкта господарювання. Поняттям фінансової операції охоплюються і прямо не згадані види банківських операцій, операцій небанківських фінансових установ та операцій, які реалізуються під час здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів. Кримінально-правова оцінка вчиненого як відмивання не виключається й у випадку проведення тієї фінансової операції, яка згідно із законодавством не підлягає ні обов'язковому, ні внутрішньому фінансовому моніторингу. У сучасних умовах фінансовими операціями, здійснюваними для відмивання, можуть бути транзакції з криптовалютою (зокрема, Bitcoin), оскільки такі операції ускладнюють ідентифікацію осіб, які їх вчиняють.

Поняття ***правочину*** доповнює описання об'єктивної сторони розглядуваного злочину, охоплюючи відмінні від фінансових операцій дії фізичних та юридичних осіб, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 202 ЦК). Правочини можуть бути як односторонніми (наприклад, заповіт, довіреність), так і дво- або багатосторонніми. Це різноманітні договори – купівлі-

---

[1] Звіт Державної служби фінансового моніторингу України за 2017 рік. С. 38, 42 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20180322/zvit_2017_ukr.pdf); Типологічні дослідження Державної служби фінансового моніторингу України за 2017 рік. К.: ДСФМ, 2018. С. 82 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20180423/Typologia_ukr.pdf).

продажу[1], позики, доручення, комісії, страхування, схову, перевезення, про сумісну діяльність тощо. Вказівка в ч. 1 ст. 209 на вчинення правочину зумовлена тим, що операції з рухомим і нерухомим майном не у всіх випадках супроводжуються рухом грошових коштів, а тому не завжди є фінансовими операціями (наприклад, це стосується договорів міни, дарування).

Правочин із майном злочинного походження є недійсним фактично, але не завжди юридично, адже в ст. 204 ЦК закріплено презумпцію правомірності правочину, що може бути спростовано нормою закону, яка містить відповідну заборону, однак у випадках, передбачених у законодавстві, і тільки судом. Тому порушення публічного порядку, невиконання інших законодавчо визначених вимог щодо правочину і, головне, – злочинний характер походження майна повинні бути доведеним фактом. Отже, принаймні на етапі виникнення підозри у вчиненні правочинів з метою відмивання юридично їх можна вважати лише оспорюваними, але не нікчемними. Тому вживання в диспозиції ч. 1 ст. 209 терміна «правочин» загалом видається прийнятним. Якщо ж виходити з необхідності дотримання абсолютно всіх законодавчих вимог щодо вчинення цивільно-правових правочинів, то жоден правочин, предметом якого виступає «брудне» майно, не зможе розцінюватись як відмивання з погляду відповідальності за ст. 209, що явно не відповідатиме інтересам кримінально-правової протидії відмиванню.

Вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження «брудного» майна чи володіння ним, прав на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження, переміщення, а також на зміну їх форми (перетворення) – це активна поведінка особи, яка може полягати, зокрема, у: зміні правового статусу майна шляхом підроблення документів, що засвідчують право власності; отриманні фіктивних документів, що засвідчують таке право; отриманні фіктивних документів на придбання майна; оформленні права власності на підставних осіб; укладенні фіктивних договорів про надання кредитів чи інших послуг (юридичних, аудиторських тощо)[2]. Причому якщо вчинення оспорюваних правочинів не охоплюється аналізованою формою об'єктивної сторони, то вчинення нікчемних правочинів, презумпція дійсності яких може бути спростована нормою закону чи які вже визнані недійсними судом і вже не є оспорюваними, – повною мірою. Слід враховувати і те, що дії, які охоплюються цією формою об'єктивної сторони злочину, не є способом вчинення предикатного діяння і водночас виступають лише одним з етапів відмивання і досягнення його кінцевої мети – введення «брудного» майна у легальний обіг.

Під ***набуттям майна, одержаного внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню***, треба розуміти отримання такого майна особою, яка усвідомлює його відповідне походження, тим чи іншим оплатним або безоплатним способом (купівля, отримання в обмін на інші предмети, прийняття як оплати за надані послуги або виконану роботу, одержання як подарунку або як оплати боргу тощо).

Володіння «брудним» майном означає фактичне перебування такого майна в особи, яка має можливість впливати на нього. У цьому разі володіння відображає не наявність юридичного (правового) зв'язку з майном, а лише фактичний стан, який правових підстав під собою не має. Крім того, слід брати до уваги, що володілець майна з погляду кваліфікації за ст. 209 має бути не просто незаконним, а виключно недобросовісним – особою, яка знала або могла знати, що вона володіє майном незаконно (ч. 1 ст. 390 ЦК). Наприклад, недобросовісними володільцями можуть бути особи, які придбали річ не у власника чи особи, уповноваженої власником на передачу речі, і знали про це. Згадані дії можуть бути здійснені, зокрема, в таких формах: заниження у документах вартості майна, що набувається; купівля нерухомості нібито за низькою ціною з наступним продажем начебто за високою ціною тощо.

Використання коштів чи іншого майна, одержаних унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню, – це вилучення в тій чи іншій

---

[1] В одному з кримінальних проваджень, завершених НАБУ, встановлено, що для відмивання майна, одержаного злочинним шляхом, – зерна, належного державному підприємству і переданого на зберігання одній приватній фірмі, інша приватна фірма продала його під виглядом зерна власного виробництва (Обвинувальний акт у справі завдання збитків ДП «Червоний землероб» скеровано до суду (https://nabu.gov.ua/novyny/obvynuvalnyy-akt-u-spravi-zavdannya-zbytkiv-dp-chervonyy-zemlerob-skerovano-do-sudu)).

[2] ДСФМ виявлено, що у схемах відмивання простежується комбінування фінансових інструментів паралельно з готівкою. Зокрема, йдеться про: договори відступлення прав вимоги; використання підставних осіб для надання псевдопослуг; фіктивні цінні папери і послуги (наприклад, страхове відшкодування за фіктивними страховими випадками) (Звіт Державної служби фінансового моніторингу України за 2017 рік. С. 44 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20180322/zvit_2017_ukr.pdf)).

формі корисних властивостей такого майна для задоволення потреб власника або інших осіб. Відповідне майно може використовуватися для здійснення будь-якої легальної, у т.ч. підприємницької та іншої господарської діяльності.

> *Йдеться, зокрема, про внесення коштів як внеску у статутний фонд підприємства, створення фіктивних суб'єктів господарювання або придбання підприємств-банкрутів, коли злочинні кошти видаються за їх легальний прибуток, купівлю підприємств з великими обсягами готівкових надходжень[1], де складно встановити фактичний обсяг проданих товарів, наданих послуг, виконаних робіт (роздрібна торгівля, сфера обслуговування, громадське харчування, гральні і розважальні заклади тощо), інвестування у спільну господарську діяльність, фінансування виробництва товарів (наприклад, придбання за грошові кошти потрібних матеріалів, обладнання і сировини), поповнення обігових коштів суб'єкта господарювання. Використання зазначених коштів та іншого майна може бути як пов'язане, так і не пов'язане з їх відчуженням, тобто з передачею іншим особам.*

Приклади відмивання з використанням фіктивних суб'єктів господарювання наводяться фахівцями ДСФМ.

> *На рахунки 10 підприємств надходили кошти від інших юридичних осіб як фінансова допомога, оплата за вторинну сировину, цінні папери. Надалі кошти акумулювались на банківських рахунках цих підприємств і знімались готівкою довіреними особами через каси банків. Більшість підприємств мають одноосібний посадово-засновницький склад, у переважній більшості вони є новостворюваними та зареєстровані в один день, окремі з них мають спільну адресу реєстрації. Зазначені підприємства, маючи значні обсяги задекларованих валових доходів, до бюджету сплачують мінімальні суми податків. Вказані довірені особи є засновниками, керівниками та (або) бухгалтерами групи інших підприємств, деякі фізичні особи отримували одночасно кошти у значних розмірах від одного і того ж підприємства, залученого до схеми, які надалі знімали готівкою[2].*

Ще один подібний приклад.

> *Службові особи одного державного підприємства за попередньою змовою з представниками комерційного підприємства-резидента під час здійснення закупівлі за наперед обумовленими завищеними цінами метисної продукції заволоділи коштами державного підприємства в розмірі 20,3 млн. грн. Для відмивання вказаних коштів службові особи вступили у змову з особами, які здійснювали контроль за фіктивними суб'єктами господарювання, і домовилися з ними вчинити низку фіктивних правочинів щодо придбання послуг – на розробку та погодження нормативної документації, консультаційних, інформаційних, рекламних, маркетингових, аудиторських тощо. Контрагентами у цих безтоварних фіктивних операціях виступили підприємства-резиденти, які входили до контрольованого конвертаційного центру та зареєстровані за однією і тією ж юридичною адресою. При цьому за послуги з відмивання коштів шляхом їх перерахування на рахунки вказаних підприємств бенефіціару фіктивних підприємств було обіцяно винагороду у розмірі 12%. Для відмивання коштів, крім вказаних підприємств, було використане підконтрольне підприємство-резидент, з яким суб'єкт реального сектору економіки уклав фіктивний договір щодо надання послуг консультаційного характеру[3].*

В аспекті кращого розуміння суті відмивання звернемось до матеріалів судової практики.

> *За ч. 1 ст. 209 кваліфікував Кремінський районний суд Луганської області (вирок від 12 квітня 2018 р.) дії голови фермерського господарства «Богдана К», раніше засудженого за ч. 2 ст. 364 і ч. 2 ст. 366 КК за незаконне отримання в користування земельної ділянки загальною площею понад 6 га. Посилаючись на п. 9 ПВС «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним*

---

[1] У п. 57 Керівництва FATF щодо використання ризик-орієнтованого підходу для банків як приклад діяльності, ймовірно пов'язаної з відмиванням, згадуються банківські послуги, що надаються приватним клієнтам, серед яких – надання послуг компаніям з великим оборотом готівки (www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/.../rek%201.rtf).

[2] Звіт Державної служби фінансового моніторингу України за 2017 рік. С. 42 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20180322/zvit_2017_ukr.pdf).

[3] Типологічні дослідження Державної служби фінансового моніторингу України за 2017 рік. К.: ДСФМ, 2018. С. 59–60 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20180423/Typologia_ukr.pdf).

шляхом» №5 від 15.04.2005, суд визнав дії фермера, які полягали у вирощуванні на зазначеній земельній ділянці протягом 2010–2011 рр. сільськогосподарських культур, використанням майна, одержаного внаслідок вчинення предикатного діяння, для здійснення господарської діяльності[1].

Інкримінування у цьому разі ч. 1 ст. 209 видається сумнівним: 1) внаслідок дій фермера з організації вирощування сільськогосподарських культур відповідна земельна ділянка не перейшла з «тіньового» сектору у легальний господарський обіг під виглядом законного з приховуванням при цьому злочинного джерела її походження; 2) самі по собі дії, які суд розцінив як відмивання, не здатні були приховати протиправне джерело «брудного» майна – таке, що мало місце раніше, злочинне отримання земельної ділянки в користування. На нашу думку, суд невиправдано віддав перевагу буквальному тлумаченню диспозиції ч. 1 ст. 209, не врахувавши суті описаного у ній злочину[2].

Злочин, передбачений ст. 209, визнається закінченим з моменту вчинення фінансової операції або правочину з майном, одержаним унаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню, або з моменту набуття, володіння чи використання такого майна. У частині вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження «брудного» майна, володіння ним, прав на таке майно, джерела його походження, місцезнаходження, переміщення, зміну його форми (перетворення), злочин є підстави визнавати усіченим: він є закінченим з моменту вчинення зазначених дій незалежно від того, чи вдалося особі досягнути поставленої мети, пов'язаної з приховуванням чи маскуванням певних обставин.

Одержання службовою особою або іншим належним суб'єктом у вигляді неправомірної вигоди майна, завідомо здобутого злочинним шляхом, має кваліфікуватись як той чи інший корупційний злочин (статті 354, 368, 368-3, 368-4, 369-2) і додаткової кваліфікації за ст. 209 не потребує, оскільки в цій ситуації відсутні: а) притаманна об'єктивній стороні злочину, передбаченого ст. 209, розірваність у часі між вчиненням предикатного злочину і відмиванням; б) відмивання як таке – переведення «брудного» майна у правомірний обіг або принаймні намагання здійснити таке переведення. У цьому разі слід враховувати і те, що предметом злочину, передбаченого ст. 209, є майно, вже одержане злочинним шляхом; саме ж злочинне здобуття майна охоплюється диспозиціями інших кримінально-правових норм.

Завуальоване одержання суб'єктом корупційного злочину, передбаченого ст. ст. 354, 368, 368-3 або ст. 368-4, неправомірної вигоди, коли вчинене із зовнішнього боку набуває вигляду укладання і виконання певного договору (наприклад, цивільно-правового чи трудового), додаткової кваліфікації за ст. 209 також не потребує, оскільки в такій ситуації відсутній предмет відмивання – майно злочинного походження. Тому складно беззастережно погодитись із фахівцями ДСФМ, які до найпоширеніших способів відмивання корупційних доходів відносять у т.ч. «неодноразове отримання спадщини від осіб, не пов'язаних родинними зв'язками»[3]. Водночас за наявності ознак злочину, передбаченого ст. 209, інкримінування цієї кримінально-правової норми у подібних випадках не виключається.

У 2008–2012 рр. ДП «НАЕК «Енергоатом» за результатами тендеру закупило у чеської компанії «Škoda JS» обладнання за завищеними на 15–20% цінами. Про торговельну «націнку», яка становила 6,4 млн. євро, домовились на стадії подання цінової пропозицій. Згадані кошти «Škoda JS» під виглядом оплати консультаційних послуг після отримання коштів від ДП «НАЕК «Енергоатом» переводила на рахунки панамської компанії «Bradcrest investment S.A.», власником якої виявився екс-голова комітету ВР з питань ПЕК[4]*.*

У заволодінні коштами, надалі перерахованими під виглядом оплати консультаційних послуг, вбачаються ознаки злочину, передбаченого ст. 191, тобто ці кошти на момент вчинення з ними вказаних фінансових операцій вже набули якості «брудного» майна – предмета караного за ст. 209 відмивання.

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73354386.

[2] Сказане повною мірою стосується й вироку Сватівського районного суду Луганської області від 19 лютого 2018 р., яким за ч. 1 ст. 209 за подібних обставин засуджено голову селянського (фермерського) господарства «Ранок» (ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72257933).

[3] Звіт Державної служби фінансового моніторингу України за 2016 рік. С. 28, 39 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2017/20170330/Zvit_2016.pdf).

[4] Звіт Національного антикорупційного бюро України за І півріччя 2018 року. С. 37 (https://nabu.gov.ua/report/zvit-pershe-pivrichchya-2018-roku).

Ще один приклад відмивання, якому, ймовірно, передувало завуальоване одержання неправомірної вигоди, наводить ДСФМ.

> *Фізичною особою А. внесено готівку у сумі 7,1 млн. грн. на власний рахунок у банківській установі, потім кошти перераховано на банківський рахунок неприбуткової організації з призначенням платежу «надання позики». При цьому інформація про офіційно отримані А. доходи відсутня, але її чоловік, який обіймає посаду судді, задекларував отримання готівкових коштів як подарунок у розмірі 7,5 млн. грн. від свого батька, який, своєю чергою, задекларував дохід у розмірі всього 0,6 млн. грн. Надалі неприбутковою організацією з А. укладено договір іпотеки, предметом якого виступила орендована нежитлова будівля, що перебуває у власності громади міста. Згодом зазначена будівля викуплена неприбутковою організацією в управління комунальної власності за договором купівлі-продажу за 7,1 млн. грн., раніше отриманих від А., та передана їй у володіння як забезпечення за договором позики*[1].

Чи є можливою кваліфікація за ст. 209 за відсутності доведеного предикатного злочину? – Ні, така кваліфікація *виключається* при тому, що винесення вироку суду за предикатний злочин на момент засудження за відмивання є необов'язковим.

Навіть у «нетипових» випадках, коли особа, яка вчинила предикатний злочин, була звільнена від кримінальної відповідальності у встановленому порядку (скажімо, у зв'язку із закінченням строків давності) або не притягувалася до такої відповідальності (наприклад, у зв'язку зі смертю), факт вчинення предикатного злочину має бути доведений. *Інакше немає підстав стверджувати про наявність «брудного» майна як предмета відмивання*, обов'язковість якого випливає як із ч. 1 ст. 209, так і з п. 1 примітки до цієї статті.

Проблема кримінального переслідування за «автономне відмивання», за якого бракує доказів вчинення предикатного злочину, поза всяким сумнівом, існує[2], але до внесення відповідних уточнень до ст. 209 інший варіант відповіді на поставлене питання неможливий.

Чи може бути предикатним для потреб застосування ст. 209 незаконне збагачення? – З чинної редакції ст. 209 і наведеного у ній визначення предикатного злочину (п. 1 примітки до цієї статті) не випливає, що стосовно незаконного збагачення існує (зроблено) якийсь виняток. Тому відповідь на поставлене відповідь загалом є ствердною.

Передача активів іншій особі може мати на меті приховати факт незаконного набуття активів, у зв'язку з чим така дія за наявності підстав (у випадку встановлення спрямованості дій на надання правомірного вигляду володінню, користуванню або розпорядженню активами) потребує додаткової кваліфікації за ст. 209 як відмивання. Йдеться, таким чином, про ідеальну сукупність злочину незаконного збагачення і злочину, передбаченого ст. 209, за якої зазначені дії повністю не охоплюються однією з двох названих кримінально-правових норм і, відповідно, не можуть розцінюватись як одиничний злочин. Водночас слід мати на увазі, що суб'єкт незаконного збагачення, який під час передачі активів іншій особі схилив її до вчинення злочину, передбаченого ст. 209, не виконуючи його об'єктивну сторону, крім відповідальності за незаконне збагачення, за наявності підстав має відповідати за підбурювання до відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, із посиланням на ч. 4 ст. 27.

Зроблене вище застереження «загалом» пояснюється тим, що до кримінальної відповідальності за відмивання у вигляді набуття і володіння «брудного» майна *не може* бути притягнуто особу, яка брала участь у вчиненні предикатного злочину. Адже вона набуває таке майно і володіє ним унаслідок вчинення предикатного злочину і в цьому випадку має нести відповідальність саме за його вчинення. В іншому випадку буде порушено принцип *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК). Але якщо дії особи, яка вчинила предикатний злочин, утворюватимуть склад відмивання в інших

---

[1] Звіт Державної служби фінансового моніторингу України за 2017 рік. С. 39 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20180322/zvit_2017_ukr.pdf).

[2] Заходи щодо боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. Україна. Звіт за результатами п'ятого раунду взаємної оцінки. Підготовлений Комітетом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL). Грудень 2017 року. С. 8, 13, 41, 42, 43, 52, 215, 287 (http://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2018/03/zvit_ukr.pdf); Рекомендації FATF. Міжнародні стандарти боротьби з відмиванням коштів, фінансуванням тероризму і розповсюдженням зброї масового знищення. Методологія з оцінки відповідності рекомендаціям FATF та ефективності систем протидії відмиванню коштів та боротьби з фінансуванням тероризму. Правила та процедури 5-го раунду взаємних оцінок комітетом MONEYVAL. Лютий 2018 року. С. 187 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20181017/BOOK.pdf.

(крім набуття і володіння) формах, передбачених ст. 209, то кримінальна відповідальність такої особи вже не буде порушенням згаданого принципу.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 209, – загальний.

Якщо злочин виражається у вчиненні відповідного правочину, то за його вчинення, за загальним правилом, може відповідати особа, яка набула в установленому порядку повну цивільну дієздатність і не позбавлена дієздатності судом або не обмежена у ній. Водночас з цього приводу слід зробити такі застереження:

а) вчинення правочину з майном злочинного походження – лише одна з можливих форм об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 209;

б) фізична особа у віці від 14 до 18 років має право самостійно укладати не лише дрібні побутові правочини, а й договори банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку);

в) правочин, вчинений неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності без згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників, лише може бути визнаний судом недійсним за позовом заінтересованої особи, а тому може використовуватись для відмивання.

Якщо суб'єктом відмивання виступає службова особа або особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то вчинене за наявності підстав потребує додаткової кваліфікації за відповідною нормою розділу XVII Особливої частини КК.

За ст. 209 може нести відповідальність як особа, яка вчинила суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало відмиванню, і наступні дії, які охоплюються поняттям відмивання, так і той, хто не вчиняв предикатного діяння[1]. Викладений підхід виходить з того, що КК не розглядає відмивання як форму причетності до предикатного злочину. Відмивання – один із видів відмінної від причетності вторинної злочинної діяльності. Про неприпустимість порушення під час інкримінування ст. 209 принципу non bis in idem мова йшла вище.

> *Виходячи з наведених міркувань, не можна погодитись з Петровським районним судом Кіровоградської області (вирок від 5 березня 2018 р.), який, обґрунтовуючи наявність складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209, в діях головного спеціаліста відділу персоніфікованого обліку пільгових категорій населення Управління соціального захисту населення РДА, зазначив, що ця особа «за грудень місяць 2016 року та за січень місяць 2017 року привласнила грошову суму в розмірі 52573,64 гривні, тим самим набула кошти, одержані внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, у т.ч. набула право володіти та використовувати кошти, одержані внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів»*[2].

Привласнення бюджетних коштів, виділених пільговим категоріям населення як виплати за тверде паливо та скраплений газ, охоплюється диспозицією ч. 3 ст. 191, слушно інкримінованої засудженій, і не може водночас розцінюватись як відмивання. Щодо дій засудженої, які фактично полягали у розпорядженні за своїм розсудом привласненими коштами (отримання готівки у банкоматі, поповнення власного кредитного карткового рахунку, безготівкове переведення грошей на банківський рахунок не встановленої слідством особи), то їхня кваліфікація за ч. 1 ст. 209 можлива лише за належного обґрунтування, на жаль, відсутнього в аналізованому вироку суду.

Заздалегідь обіцяне відмивання не виключає відповідальності за нього; вчинене у цьому разі має кваліфікуватись і за ст. 209, і як пособництво вчиненню предикатного злочину.

Дії осіб, які не виконують об'єктивну сторону відмивання, але умисно сприяють їй (наприклад, надають можливість скористатись банківським рахунком), можуть кваліфікуватись як пособництво з посиланням на ч. 5 ст. 27. Сказане стосується і працівників суб'єктів первинного фінансового моніторингу; вони, однак, за наявності підстав можуть визнаватись і виконавцями відмивання.

---

[1] FATF розрізняє, з одного боку, відмивання, вчинене третьою особою, тобто тим, хто не був залучений до предикатного злочину, та, з іншого, само-відмивання, тобто відмивання, вчинене особою, яка брала участь у скоєнні предикатного злочину (Рекомендації FATF. Міжнародні стандарти боротьби з відмиванням коштів, фінансуванням тероризму і розповсюдженням зброї масового знищення. Методологія з оцінки відповідності рекомендаціям FATF та ефективності систем протидії відмиванню коштів та боротьби з фінансуванням тероризму. Правила та процедури 5-го раунду взаємних оцінок комітетом MONEYVAL. Лютий 2018 року. С. 187 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20181017/BOOK.pdf)).

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72603396.

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина при вчиненні злочину, передбаченого ст. 209, характеризується прямим умислом. Особа усвідомлює суспільну небезпеку своїх дій, знаючи про джерело походження доходів, і бажає вчинити з цими доходами дії, описані в диспозиції ч. 1 ст. 209. Про злочинний шлях придбання предметів відмивання винуватий може як взнати від того, хто вчинив предикатний злочин, так і здогадатись сам, виходячи з кількісних та якісних характеристик майна, обставин його передачі тощо.

> *Суб'єкт, засуджений у т.ч. за ч. 3 ст. 209, у касаційній скарзі писав, серед іншого, що ця кримінально-правова норма застосована щодо нього неправильно, оскільки він не був обізнаний про те, що кошти, отримані від відчуження нерухомого майна, отримані внаслідок вчинення суспільно небезпечних діянь, які передували відмиванню. Вказувалось також на недоведеність використання відповідних коштів і майна для подальшого здійснення підприємницької або іншої господарської діяльності. Не вбачаючи підстав для зміни кримінально-правової оцінки дій засудженого у цій частині, колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду ВС у своїй постанові від 18 вересня 2018 р. зазначила, що висновок про винуватість особи у вчиненні правочинів з майном, одержаним внаслідок вчинення суспільно небезпечних протиправних діянь, зроблений із дотриманням принципів, закріплених КПК, і на підставі належних, допустимих, достовірних і достатніх доказів*[1].

Поділяючи позицію ВС, відзначимо, що вчинення правочину з коштами та іншим майном відповідного походження є однією з форм об'єктивної сторони досліджуваного злочину, наявність якої (зрозуміло, в поєднанні з певними суб'єктивними ознаками) є достатньою для інкримінування відповідної частини ст. 209. Як вбачається з постанови Касаційного кримінального суду ВС, засуджений укладав договори купівлі-продажу з нерухомим майном, яким раніше заволодівав шляхом обману (шахрайство), а тому постановка питання про неусвідомлення ним злочинного походження майна (саме майна, а не коштів, які чомусь фігурують у касаційній скарзі) виглядає надуманою.

Для кваліфікації за ст. 209 не вимагається точної обізнаності про характер і конкретні обставини вчинення предикатного діяння, але необхідним є усвідомлення особою тих фактичних обставин вчиненого, з якими КК пов'язує можливість призначення основного покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі нмдг.

Усвідомлення походження майна від предикатного діяння може бути пов'язане з ухваленням судом обвинувального вироку за такий злочин, про що знає особа, або базуватись на знаннях фактичних даних про походження коштів чи іншого майна від суспільно небезпечного протиправного діяння (за відсутності знань про вирок суду чи відсутність самого вироку). Водночас сумлінна помилка щодо злочинного походження зазначеного у ст. 209 майна виключає інкримінування цієї статті (з цивілістичної точки зору тут може йтися про добросовісного набувача (ст. 388 ЦК)).

Назва ст. 209 і звернення до положень антилегалізаційного законодавства дозволяють зробити висновок про те, що у ст. 209 йдеться про таке залучення відповідного майна у побутовий і господарський обіг, яке поєднується з прагненням надати цьому процесу правомірний вигляд. Мета вчинення дій з відмивання полягає в тому, щоб представити «брудне» майно як законне. Ця мета може поєднуватись із задоволенням власних потреб чи мотивів винуватої особи (наприклад, із бажанням уникнути покарання за скоєне). Через відсутність зазначеної мети випадки використання «брудного» майна для продовження вчинення незаконних, зокрема, кримінально караних діянь (наприклад, для незаконного виготовлення підакцизних товарів) не утворюють складу злочину, передбаченого ст. 209.

Водночас дії з набуття, володіння та користування майном, одержаним злочинним шляхом, можуть і не супроводжуватися метою надання правомірного вигляду такому майну[2]. Цей прояв об'єктивної сторони розкриває складність та багатоетапність процесу відмивання, адже дії, які утворюють склад розглядуваного злочину, належать до різних етапів відмивання, і така мета повинна простежуватися в діях, що йтимуть за набуттям та володінням, чи вже були вчинені перед використанням відповідного майна.

Не за ст. 209, а за ст. 396 слід кваліфікувати заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого чи

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76615055.

[2] Сказане випливає, серед іншого, зі ст. 4 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14.10.2014 (назва статті – «Дії, які належать до легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом»).

особливо тяжкого злочину, яке включає в себе й приховування предметів, здобутих шляхом його вчинення (наприклад, їхнє зберігання, переховування, транспортування або переробку).

Кваліфікуючі ознаки злочину.

Кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 2 ст. 209) є: 1) повторність; 2) вчинення його за попередньою змовою групою осіб; 3) у великому розмірі.

Поняття ***повторності*** розкривається у ст. 32, а поняття ***за попередньою змовою групи осіб*** – у ст. 28. Про ***великий розмір*** відмивання див. п. 2 примітки до ст. 209.

У ч. 2 ст. 209 йдеться про повторність лише тотожних злочинних діянь і не передбачено посилення відповідальності за повторність однорідних злочинів. У зв'язку з цим якщо відмиванню передувало використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів (ст. 306), то ця обставина не може слугувати підставою для кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 209 за ознакою повторності.

Відсутня повторність й у випадку, коли у вчиненому відмиванні вбачаються ознаки продовжуваного злочину. Наприклад, має місце «смарфінг»[1], або ситуація, коли особа, придбаваючи нерухомість для її наступного продажу, надалі, як і запланувано, реалізує майно, або випадок, коли особа, реалізуючи єдиний умисел, з одним і тим самим майном, одержаним злочинним шляхом, послідовно вчинює декілька діянь, альтернативно зазначених у ч. 1 ст. 209.

Вчинення відмивання за попередньою змовою групою осіб має місце в тому разі, коли в ньому брали участь як співвиконавці дві чи більше особи, які до вчинення діяння домовилися відмити доходи, одержані внаслідок вчинення предикатного діяння. Для наявності групи осіб за попередньою змовою не обов'язково, щоб усі особи вчинювали одні і ті самі (тотожні) дії, передбачені коментованою статтею КК. Зазначена ознака буде наявна і в тому разі, коли одна особа вчиняє одні альтернативні дії, передбачені ч. 1 ст. 209, а друга – інші. При цьому слід враховувати, що юридично фінансову операцію або правочин не завжди можна вчинити групою осіб. Так, дві або більше особи можуть почергово нести валізу з «брудними» грошима до банку, однак відповідні документи, пов'язані з відкриттям банківського рахунку, будуть оформлені лише на одну особу, яка з юридичної точки зору і має визнаватись такою, що вчинила фінансову операцію. Водночас придбання нерухомості за рахунок «брудних» грошей може бути здійснено і групою осіб, якщо вони будуть вказані в договорі купівлі-продажу майна як покупці.

Особливо кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 3 ст. 209) є: 1) вчинення його організованою групою; 2) в особливо великому розмірі.

Поняття ***організованої групи*** наводиться у ст. 28. Про ***особливо великий розмір*** відмивання див. п. 3 примітки до ст. 209.

Розмежування з іншими складами злочину

З огляду на вказівку законодавця, заздалегідь не обіцяне придбання, отримання, збут або зберігання майна, завідомо одержаного злочинним шляхом, підлягає кваліфікації за ст. 198 лише в тому разі, якщо такі дії не містять ознак відмивання.

Спрямованість дій, загалом притаманна ст. 209, не притаманна злочину, передбаченого ст. 198: придбаваючи, отримуючи, зберігаючи або збуваючи майно, одержане злочинним шляхом, винувата в цьому злочині особа не прагне надати майну легальний статус, не бажає використовувати його під виглядом законного у фінансових операціях, правочинах і правомірній господарській діяльності. Вчинення злочину, караного за ст. 198, має своїм наслідком фактичне втягнення злочинних доходів у побутовий та економічний обіг без приховування справжнього джерела походження такого майна і, головне, без надання володінню, користуванню або розпорядженню таким майном правомірного вигляду. Вказане теоретичне положення, значуще в аспекті розмежування складів злочинів, передбачених ст. 209 і ст. 198, на практиці інтерпретується по-різному.

Вироком Криворізького районного суду Дніпропетровської області від 22 травня 2018 р. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 191, ч. 1 ст. 200 і ч. 1 ст. 209, було засуджено

[1] Під «смарфінгом» у міжнародній фінансовій практиці розуміється обхід формальних обмежень за допомогою техніки подрібнення внеску, здійснення фінансової операції з готівкою на суму, трохи меншу за ту, що визначена законодавством як мінімальний показник для заповнення і подання відповідної інформації.

контролера-касира одного з територіальних відділень Дніпропетровського обласного управління ПАТ «ОЩАДБАНК, яка шляхом використання підроблених нею заявок на видачу готівки у період з грудня 2013 р. по березень 2016 р. привласнила кошти двох вкладників банку на загальну суму 65 тис. грн. Суд погодився з органом досудового розслідування, зокрема, у тому, що використання частини привласнених коштів (18350 грн.) для погашення заборгованості перед банком за кредитним договором, укладеним з третьою фізичною особою, слід визнати вчиненням фінансової операції з коштами, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало відмиванню[1].

Постає, щоправда, питання, чи надавала контролер-касир зазначеною поведінкою правомірний вигляд розпорядженню доходами, одержаними нею шляхом вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 191, як цього вимагає якщо не зміст коментованої кримінально-правової заборони, то її призначення.

Слід враховувати і те, що, на відміну від ст. 209 (див. п. 1 примітки до цієї статті), ст. 198 не обмежує коло тих злочинів, завдяки вчиненню яких одержується майно, подальше придбання, отримання, зберігання чи збут якого тягне кримінальну відповідальність за цією нормою.

Також на відміну від ст. 209 (при вчиненні передбаченого нею злочину у відповідній формі), для кваліфікації за ст. 198 не має значення, чи володіє особа дієздатністю, оскільки вчинення дій з майном, одержаним злочинним шляхом, не повинно з формальної сторони відповідати умовам цивільно-правового правочину.

З урахуванням чинної редакції ст. 209 відповідальність за цією нормою може нести відповідальність як особа, яка вчинила суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало відмиванню, і наступні дії, які охоплюються його поняттям, так і той, хто не вчиняв предикатного діяння – безпосередньо або у співучасті. Натомість за ст. 198 може нести відповідальність лише той, хто не був виконавцем або іншим співучасником злочину, внаслідок якого одержане майно. Визначаючи суб'єкта злочину, передбаченого ст. 198, слід виходити з того, що цей злочин на законодавчому рівні (ч. 6 ст. 27) розглядається як різновид причетності до злочину.

Водночас не виключається реальна сукупність злочинів, передбачених ст. 198 і ст. 209. Наприклад, особа, яка заздалегідь не давала відповідної обіцянки, придбала майно, одержане злочинним шляхом, використала його в незаконній підприємницькій діяльності, а згодом вирішила надати цьому майну вигляд законного походження і вчинили для досягнення такої мети певні дії. Вказана сукупність злочинів матиме місце і в тому випадку, коли особа доходи від заздалегідь не обіцяного збуту майна, одержаного злочинним шляхом, використовує у легальній господарській діяльності, переслідуючи при цьому мету відмивання.

4.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 209 КК
(Р. Шехавцов)

Загальні положення.

Службові особи, які є суб'єктами декларування, вимушені у випадках незаконного набуття ними грошових коштів, інших матеріальних активів здійснювати дії, спрямовані на надання їх джерелам ознак законних. Аналіз слідчої практики показує, що легалізація (відмивання) доходів, здобутих службовими особами злочинним шляхом, може або виступати невід'ємним компонентом корупційних схем, які спрямовані, наприклад, на заволодіння майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ст. 191), одержання неправомірної вигоди (ст. 368), і вчинення таких протиправних дій готується ще на етапі планування скоєння предикатного злочину, або до готування та вчинення злочину, передбаченого ст. 209, службова особа вдається вже після скоєння предикатного корупційного злочину для забезпечення потреби у користуванні активами, які раніше вона одержала незаконно. Це у сукупності із визначенням у кримінальному законі прямого зв'язку легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом, з предикатним злочином зумовлює те, що виявлення факту вчинення злочину, передбаченого ст. 209, відбувається або під час досудового розслідування предикатного злочину, який має відповідати критеріям, наведеним у пункті 1 примітки до ст. 209, або під час реалізації суб'єктами фінансового моніторингу заходів, спрямованих на

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74165584.

виявлення у фінансово-господарських операціях ознак легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом.

Оптимальними для доказування факту та обставин легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом, є ситуації, коли про них стає відомо в результаті розслідування предикатного корупційного злочину. Слідству вже відомо про злочинне джерело походження грошових коштів, інших матеріальних активів, які належать службовій особі, і пошуки його фактичного місцезнаходження призводять до встановлення дій, спрямованих на їх легалізацію (відмивання).

У ситуаціях, коли про здійснення фінансово-господарських операцій з ознаками легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом, стає відомо в результаті узагальнення Держфінмоніторингом даних, одержаних ним від інших суб'єктів державного (НБ, МЮ, МФ, МЕРТ, Міністерства транспорту та зв'язку, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Національної комісії, що здійснює регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Державного комітету України із земельних ресурсів) та первинного фінансового моніторингу (банків, страхових та інших фінансових установ; платіжних організацій, членів платіжних систем, еквайрингових та клірингових установ; товарних, фондових та інших бірж; професійних учасників ринку цінних паперів; інститутів спільного інвестування; гральних закладів, ломбардів, юридичних осіб, які проводять будь-які лотереї; підприємств, організацій, що здійснюють управління інвестиційними фондами чи недержавними пенсійними фондами; підприємств й об'єднань зв'язку, інших організацій, що здійснюють переказ грошових коштів; інших юридичних осіб, які, відповідно до законодавства, здійснюють фінансові операції), – йдеться про виявлення у певних операціях з активами чи їх сукупностях ознак легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом.

Без встановлення факту одержання активів, які виступили предметом фінансово-господарських операцій, в результаті вчинення злочину не можна довести факт легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинних шляхом.

Аналіз численних досліджень практики виявлення схем легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом, проведених протягом останніх восьми років Держфінмоніторингом, свідчить, що такі схеми можуть бути різними за своєю складністю. Виділяються три базових етапи, в рамках яких формуються **алгоритми легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом:**

1) розміщення – це вкладання грошових коштів у мобільні фінансові інструменти з територіальним віддаленням їх від місць їх походження. Воно може втілюватися у придбанні валюти, цінних паперів, інших матеріальних цінностей як на території держави, громадянином якої є корупціонер, так і на території інших держав;

2) розшарування – це система дій, спрямованих на відрив незаконних доходів від реальних джерел їх походження шляхом застосування складної послідовності фінансових операцій, результатом чого має стати маскування слідів незаконності доходів, які можна виявити та перевірити. При цьому може відбуватися багаторазове нашарування однієї операції на іншу з метою ускладнити роботу правоохоронних органів зі збирання доказів незаконного одержання активів;

3) інтеграція – це надання вигляду законності активам, одержаних злочинним шляхом. Метою таких дій є створення документального обґрунтування для пояснення джерел доходів службової особи або її родичів. Для цього здійснюється інвестування активів у легальну економіку. Під час такого інвестування підготовлені для введення у легальну економіку активи, якими, як правило, є грошові кошти, формуються у один або декілька пулів, сконцентрованих на рахунках юридичних осіб резидентів або нерезидентів, підконтрольних службовій особі або особам, які діють під керівництвом службової особи чи на її замовлення, з подальшим придбанням цінних паперів, цілісних майнових комплексів, нерухомого майна, транспортних засобів, інвестуванням у модернізацію підприємств, тощо.

Для легалізації (відмивання) доходів, здобутих в результаті вчинення корупційних злочинів, характерним є те, що службові особи, як правило, звертаються для цього до третіх осіб. Слід визнати, що особи, які займаються вчиненням протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 209, вміло користуються:

- обмеженнями законодавства інших держав, що створює проблеми в отриманні необхідної інформації щодо суб'єктів господарювання для виявлення їх справжніх контролерів, бенефіціарних власників та щодо здійснення фінансово-господарських операцій для відокремлення «чорних» (по

першому етапу легалізації), «сірих» (по другому етапу) та «білих» (по третьому етапу) потоків для встановлення джерел походження коштів на рахунках та їх подальший точний рух;

- можливостями створити міжнародні мережі на базі юридичних осіб, що діють в різних країнах, що суттєво уповільнює темпи розслідування через необхідність звернення за міжнародною правовою допомогою у кримінальному провадженні;

- гарантіями адвокатської таємниці, залучаючи адвокатів для надання «правової» допомоги та збереження документів юридичних осіб, які залучені у схему легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Як приклад взаємопов'язаного планування предикатного злочину та злочину, передбаченого ст. 209, можна навести **варіант легалізації грошових коштів,** одержаних як неправомірна вигода службовою особою від керівника суб'єкта господарювання на користь якого вона приймає певне рішення.

Для того, щоб одержати неправомірну вигоду, службова особа використовує один або декілька підконтрольних їй суб'єктів господарювання. Підконтрольним є суб'єкт господарювання, який за документами належить особі, яка за попередньою домовленістю зі службовою особою має діяти на її користь. Такий суб'єкт господарювання може бути як фіктивним, так і здійснювати реальні фінансово-господарські операції, поєднуючи їх з фіктивними. Між суб'єктом господарювання, керівник якого має надати неправомірну вигоду, та одним із підконтрольних службовій особі суб'єктів господарювання укладається фіктивна угода, за якою перераховуються грошові кошти, які фактично виступають предметом неправомірної вигоди цієї службової особи. Такі дії є як наданням неправомірної вигоди, так і виступають щодо подальшої легалізації розміщенням злочинних доходів.

Ця схема може ускладнюватися шляхом перерахунку грошових коштів, які є предметом неправомірної вигоди, не з розрахункового рахунку суб'єкта господарювання, на користь якого приймає рішення службова особа, а з афілійованою з цим суб'єктом господарювання юридичною особою, або/та використання при здійсненні операцій з легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом, суб'єктів господарювання з іноземною реєстрацією.

Далі може відбуватися розшарування злочинних доходів з розрахункового рахунку цього суб'єкта господарювання шляхом підписання та виконання однієї чи декількох фіктивних угод з іншими підконтрольними службовій особі суб'єктами господарювання, виконання зобов'язань по яким важко перевірити (наприклад, щодо надання консультативних послуг, інформаційного забезпечення, реклами, страхування, тощо).

Після цього сума грошових коштів, які виступили предметом неправомірної вигоди, шляхом реалізації системи фіктивних угод концентруються на розрахунковому рахунку юридичної особи, яка у попередніх операціях не брала участі, і є повністю підконтрольною службовій особі (наприклад, власником якої є родич цієї службової особи чи інша близька йому людина). Ця юридична особа вкладає грошові кошти у нерухоме майно, транспортні засоби, якими безоплатно чи за таку що не відповідає ринковій орендну плату користується службова особа, члени її сім'ї, або надає безоплатно послуги матеріального характеру службовій особі, членам її сім'ї, тощо. Такі матеріальні активи можуть і не попадати у пряме користування службової особи або членів її сім'ї, а використовуватися у фінансово-господарській діяльності для одержання прибутків, які накопичуються як активи суб'єкта господарювання і після звільнення зі служби особа одержує реальний контроль над цим суб'єктом господарювання шляхом зайняття в ньому посади керівника з подальшим одержанням його повністю або частково у власність (наприклад, шляхом зміни складу засновників, статутних документів в частині розподілу часток власності між засновниками, надання пільгового права на придбання акцій суб'єкта господарювання цією особою тощо).

Схеми легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, до яких службові особи вдаються вже після вчинення корупційних злочинів, мають свою специфіку. У цих ситуаціях, як правило, службова особа має у своєму розпорядженні певну суму грошових коштів у готівковій формі, одержаних незаконно. Це зумовлює пошуки осіб, які можуть забезпечити конвертацію цих грошей у безготівкову форму та використання її на користь службової особи чи третіх осіб (наприклад, її близьких родичів).

Такими особами можуть бути ті, які погоджуються за винагороду внести на власні рахунки у банківських установах готівку, надану службовою особою, з подальшим придбанням за ці гроші потрібні їй матеріальні цінності, або напряму, без внесення готівки на банківський рахунок, купуючи ці матеріальні цінності. Або ці особи, за домовленістю зі службовою особою реєструють юридичну

особу та вносять у її статутний фонд грошові кошти, надані їй службовою особою, або інвестують такі кошти у діяльність такої юридичної особи. Так може відбуватися і звернення за послугами до професійних посередників, які керують так званим конвертаційним центром. Звернення до останніх, як правило, зумовлене значними сумами у готівці, які незаконно одержані службовою особою, у легалізації яких у неї виникає потреба. Функціональне призначення такого центру полягає в тому, що його організатори та їх співучасники шляхом використання вітчизняних і зарубіжних установ банківської системи, суб'єктів господарювання, які контролюються цими особами і діють легально чи фіктивно, здійснюють незаконну оплатну конвертацію набутих злочинним шляхом грошей із готівкової форми у безготівкову і навпаки для забезпечення одержання особами (фізичними, юридичними) у потрібній їм формі грошових активів, джерела яких мають ознаки законних.

Держфінмоніторингом, правоохоронними та іншими органами державної влади накопичений значний досвід у виявленні діяльності конвертаційних центрів, узагальнення якого показує, що одними з ключових параметрів, за якими виявляються ознаки його діяльності та в подальшому відбувається доказування фактів легалізації (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом, є фіктивність суб'єкта господарювання та/або фіктивність (безтоварність) фінансово-господарських операцій (утім, останні можуть здійснювати й реально діючі суб'єкти господарювання).

Ознаками фіктивності суб'єкта господарювання можуть бути:

- номінальні власники та директора;
- незначний статутний капітал;
- використання лише адреси поштової скриньки (часто використовується у поєднанні з номінальними власниками та директорами);
- незначна кількість персоналу (або тільки одна особа як співробітник);
- несплата податків чи наявність заборгованості перед персоналом;
- встановлення простих банківських відносин за допомогою посередників;
- після тривалого періоду бездіяльності після реєстрації, раптова та незрозуміла фінансово-господарська діяльність;
- реєстрація під назвою, яка не вказує на діяльність компанії;
- реєстрація під назвою, яка вказує на те, що компанія виконує діяльність чи послуги, які вона не надає;
- реєстрація під назвою, яка імітує назву інших компаній, зокрема, відомих корпорацій;
- реєстрація за адресою, яка також зазначена у численних інших компаніях чи юридичних організаціях;
- наявність надзвичайно велику кількість кінцевих бенефіціарних власників та інших контрольних пакетів акцій;
- реєстрація/формування в юрисдикції, яка, як вважається, являє собою високий ризик використання для відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом (як правило, це держави з посиленим захистом даних про юридичних осіб, комерційної, банківської таємниці);
- реєстрація/формування в юрисдикції з низьким рівнем оподаткування;
- регулярне надсилання коштів до юрисдикцій з низьким оподаткуванням;
- проведення великої кількості фінансових операцій з невеликою кількістю одержувачів;
- підтримання балансу на рахунку близько нуля, незважаючи на часті вхідні і вихідні фінансові операції;
- використання великої кількості банківських рахунків;
- використання банківських рахунків в різних міжнародних юрисдикціях без вагомих причин;
- вимагання короткострокових або надмірно швидких операцій, навіть якщо це створює непотрібний бізнес-ризик;
- подання невірних документів до податкового органу;
- надання неправдивих записів або підроблених документів;
- члени сім'ї службової особи перераховані як кінцеві бенефіціарні власники юридичних осіб.

Щодо окремих фінансово-господарських операцій, то **підставами для підозри щодо їх фіктивності** можуть бути:

- внесення чи зняття значних сум готівкою на (з) банківських рахунків;
- здійснення між двома або більше сторонами, які пов'язані без видимого бізнесу або

обґрунтування торгівлі, між членами родини однієї чи кількох сторін без законного підґрунтя для бізнесу;

- виконання з рахунку суб'єкта господарювання, але, ймовірно, пов'язані з фінансуванням особистих покупок, включаючи придбання активів, які не відповідають профілю діяльності суб'єкта господарювання;

- виконання з рахунку суб'єкта господарювання та включають велику суму грошових коштів, як депозит або фінансова допомога, що є аномальним або несумісним з профілем компанії;

- проведення циклічно (вихідні та вхідні фінансові операції подібні за розміром і переказуються та отримуються з тих самих рахунків, що вказує на те, що вихідні кошти повертаються з невеликими втратами);

- здійснення за участі двох юридичних осіб з аналогічними або однаковими директорами, акціонерами або бенефіціарами;

- передача нерухомого майна від фізичної для юридичної особи;

- використання кількох великих грошових виплат для погашення кредиту або іпотеки;

- покупка дорогоцінних товарів готівкою;

- передача (на пред'явника) цінних паперів на позабіржовому ринку;

- позика або іпотека погашається достроково;

- кредити отримуються від приватних третіх сторін без будь-яких законних позикових угод, застави чи регулярних виплат відсотків;

- актив купується за грошові кошти, а потім використовується як забезпечення кредиту протягом короткого періоду часу.

Також на фіктивність фінансово-господарських операцій можуть вказувати виявлена фізична неможливість реального здійснення операції з урахуванням часу, місця знаходження майна або обсягу матеріальних ресурсів для виробництва товарів, виконання робіт або послуг. Або відсутність необхідних для цього персоналу, виробничих активів, складських приміщень, транспорту.

Співробітники оперативних підрозділів, слідчі на початковому етапі діяльності з виявлення ознак фіктивних фінансово-господарських операцій мають можливість одержувати для подальшого співставлення інформацію з різноманітних **реєстрів (баз даних):** майнових прав власності, акціонерів, комерційних баз даних, декларацій державних службовців. Корисним в цьому плані для оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування є робота як з вітчизняним Порталом відкритих даних[1], так і з відкритими реєстрами юридичних осіб із зарубіжною реєстрацією, доступ до яких надається відповідними зарубіжними державними реєстраторами.

Слід мати на увазі, що розповсюдженість послуги електронного банкінгу дозволяє шляхом звернення у встановленій законом формі до банківських установ одержувати відомості про фінансові операції, які здійснюються в режимі он-лайн. Збір інформації про IP-адреси може дати корисні відомості про те, хто замовляє операцію та куди замовляється ця операція. Крім того, аналіз IP-адрес, зібраних фінансовою установою, може визначати спільні риси та контрольні зв'язки, коли з однієї IP-адреси здійснюються фінансові операції декількох клієнтів та бенефіціарних власників. Повторювані IP-адреси за багатьма рахунками можуть свідчити про професійне відмивання грошей, і ці рахунки можуть бути предметом посиленої уваги.

Аналізуючи розташування місця за адресою, наданої клієнтом, а також зовнішній вигляд цього місця з вулиці (за допомогою пошукових сервісів, наприклад Google Maps), часто можна виявити аномалії, що свідчать про фіктивність компанії або спробу приховати справжнього клієнта:

- місцеперебування не відповідає фінансовому профілю клієнта;

- місцеперебування не відповідає діловому профілю компанії;

- фізична адреса не відповідає розміру та характеру компанії;

- адреса є поштовою скринькою.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 209 КК, отримані з матеріалів наданих суб'єктами фінансового моніторингу.

Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 7, частин 3, 5 ст. 17 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню

[1] https://data.gov.ua/

розповсюдження зброї масового знищення», суб'єкти первинного фінансового моніторингу та спеціально уповноважений орган, яким є центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, у випадках виявлення операцій з ознаками легалізації (відмивання) доходів зобов'язані надати відповідну інформацію до правоохоронних органів, уповноважених приймати рішення згідно із КПК.

Найбільш інформативними щодо таких операцій є матеріали, які надходять від Держфінмоніторингу. Узагальнені матеріали цього державного органу містять відомості про фінансові операції, які були об'єктом фінансового моніторингу і за результатами аналізу яких у нього виникли підозри щодо відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму, або суспільно небезпечного діяння, що передує легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Коли правоохоронний орган одержує такі матеріали, то залежно від повноти даних щодо обставин легалізації (відмивання) доходів може бути прийняте рішення щодо здійснення оперативно-розшукової діяльності для виявлення всіх ознак складу злочину, передбаченого ст. 209, та предикатного злочину, або про внесення відомостей до ЄРДР та початок кримінального провадження. Порядок надання та розгляду узагальнених матеріалів затверджений наказом МФ, МВС, Міністерства доходів і зборів України, СБ №1026/1184/739/484 від 02.12.2013 р.

Прокурорам, керівникам оперативних підрозділів, органів досудового розслідування, співробітникам оперативних підрозділів, слідчим слід мати на увазі, що коли вони одержують узагальнені матеріали від Держфінмоніторингу щодо фінансової операції чи їх сукупностей, які містять ознаки легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, то ці фінансові операції можуть бути припинені цим органом шляхом повідомлення про це рішення суб'єкта первинного фінансового моніторингу на строк до п'яти робочих днів, а сукупний строк зупинення відповідних фінансових операцій не може перевищувати 30 робочих днів (частини 2, 3, 5 ст. 17 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», розділ VII «Порядку надання та розгляду узагальнених матеріалів», затвердженого наказом МФ, МВС, Міністерства доходів і зборів України, СБ №1026/1184/739/484 від 02.12.2013).

Тому завжди треба з'ясовувати, скільки днів можуть бути ще зупинені фінансові операції з моменту одержання узагальнених матеріалів або додаткових узагальнених матеріалів з Держфінмоніторингу і з метою запобігання зникненню грошових коштів, які були одержані злочинним шляхом, з розрахункових рахунків необхідно за необхідності звернутися до керівництва цього органу щодо продовження строку зупинення фінансових операцій, якнайскоріше здійснити їх перевірку, прийняти відповідні рішення для законного накладення арешту на ці грошові кошти. Обсяг роботи, який для цього має бути виконаний, зумовлює обов'язкове створення слідчої групи у кримінальному провадженні. Сприяє такій перевірці те, що в узагальнених матеріалах або додаткових узагальнених матеріалах, які готуються Держфінмоніторингом, можуть міститися:

1) опис суті фінансової операції або сукупності пов'язаних між собою фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, з відображенням дати та суми, на яку проведено фінансові операції, місця та обставин їх здійснення, взаємовідносин, а також зв'язків між особами, які їх вчинили, або опис суті фінансової операції або сукупності пов'язаних між собою фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з предикатним злочином, з відображенням дати та суми, на яку проведено фінансові операції, місця та обставин їх здійснення, взаємовідносин, а також зв'язків між особами, які їх вчинили;

2) опис суті фінансової операції або сукупності пов'язаних між собою фінансових операцій, які дають можливість підозрювати, що фінансова операція або клієнт пов'язані із вчиненням діяння, визначеного КК, що не стосується легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, відображенням дати та суми, на яку проведено фінансові операції, місця та обставин їх здійснення, взаємовідносин, а також зв'язків між особами, які їх вчинили;

3) опис достатніх підстав, які дають можливість вважати, що фінансові операції або сукупність пов'язаних між собою фінансових операцій можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму, або опис достатніх підстав, які дають можливість вважати, що фінансові операції або сукупність пов'язаних між собою фінансових операцій можуть бути пов'язані з предикатним злочином;

4) опис достатніх підстав, які дають можливість підозрювати, що фінансова операція або клієнт пов'язані із вчиненням діяння, визначеного КК, що не стосується легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму;

5) схему фінансових операцій;

6) мотивований висновок, що фінансові операції можуть здійснюватися з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або можуть здійснюватися з метою вчинення діяння, визначеного КК, що не стосується легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму.

Також за наявності даних у таких матеріалах має бути:

1) опис ознак, за якими суб'єкт фінансового моніторингу виявив фінансові операції, що підлягали фінансовому моніторингу;

2) код банку (МФО – BIC), найменування банку та номери рахунків, через які здійснювалася фінансова операція;

3) інформація щодо ідентифікації резидентів:

- для фізичної особи – прізвище, ім'я, по батькові, дату народження, номер паспорта громадянина України (або іншого документа, що посвідчує особу), дату видачі та найменування органу, що його видав, місце проживання або місцеперебування фізичної особи, реєстраційний номер облікової картки платника податків/номер паспорта громадянина України (для фізичних осіб, які через свої релігійні переконання відмовляються від прийняття реєстраційного номера облікової картки платників податків та повідомили про це відповідний орган державної податкової служби і мають відмітку в паспорті);

- для фізичної особи-підприємця – прізвище, ім'я, по батькові, дату народження, номер паспорта громадянина України (або іншого документа, що посвідчує особу), дату видачі та найменування органу, що його видав, місце проживання або місцеперебування фізичної особи – підприємця, реквізити банку, в якому відкрито рахунок, і номер банківського рахунку (за наявності);

- для юридичної особи – повне найменування, місцезнаходження; відомості про органи управління та їх склад; дані, що ідентифікують осіб, які мають право розпоряджатися рахунками і майном, відомості про власників істотної участі в юридичній особі; відомості про контролерів юридичної особи; код згідно з Єдиним державним реєстром підприємств та організацій України;

4) інформація щодо ідентифікації нерезидентів:

- для фізичної особи – прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), дату народження, номер паспорта (або іншого документа, що посвідчує особу), дату видачі та найменування органу, що його видав, громадянство, місце проживання або місце тимчасового перебування фізичної особи в Україні;

- для юридичної особи – повне найменування, місцезнаходження та реквізити банку, в якому відкрито рахунок, номер банківського рахунку, відомості про органи управління та їх склад; дані, що ідентифікують осіб, які мають право розпоряджатися рахунками та майном; відомості про власників істотної участі в юридичній особі; відомості про контролерів юридичної особи, копії легалізованого витягу з торгового, банківського чи судового реєстру або нотаріально засвідченого реєстраційного посвідчення уповноваженого органу іноземної держави про реєстрацію відповідної юридичної особи;

5) інформація про стан учасника фінансових операцій (діючий, відновлення платоспроможності, банкрут, ліквідований тощо);

6) копії первинних документів, на підставі яких проведені фінансові операції, що стали об'єктом фінансового моніторингу, у т.ч. таких, що містять банківську та комерційну таємницю;

7) копії заяв та інших документів, на підставі яких відкриті рахунки, через які здійснювалися фінансові операції;

8) копії паспорта особи, карток із зразками підписів та довіреності, на підставі якої цей учасник брав участь у проведенні фінансової операції, що стала об'єктом фінансового моніторингу;

9) копії установчих документів юридичних осіб, задіяних у здійсненні фінансових операцій;

10) відомості та копії документів щодо відстеження (моніторингу) обігу активів, що можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванням тероризму;

11) інформація, одержана від правоохоронних, розвідувальних та інших органів державної влади;

12) інформація, одержана від підрозділів фінансових розвідок інших держав (за наявності дозволу підрозділів фінансових розвідок інших держав на передачу такої інформації до правоохоронних органів та/або розвідувальних органів);

13) відомості, одержані з відкритих джерел (засобів масової інформації тощо);

14) інформація про раніше передані узагальнені матеріали, пов'язані з цим матеріалом;

15) інформація щодо зупинення фінансових операцій;

16) схеми засновницьких зв'язків.

У випадках, коли виявлені дві та більше ознаки фінансових операцій клієнтів, їх опис формується як узагальнення (загальна кількість операцій, загальна сума, найбільш суттєвий характер операцій та основні контрагенти). Детальніша інформація додається в табличній електронній формі, що є невід'ємним додатком до узагальнених матеріалів.

Слідчі, працюючи з узагальненими матеріалами Держфінмоніторингу, мають з'ясовувати наявність кримінальних проваджень за ознаками предикатного злочину та/або легалізації (відмивання) доходів за фінансовими операціями, які безпосередньо або опосередковано пов'язані з операціями, відображеними в узагальненому матеріалі, наданому іншому правоохоронному органу.

З огляду на високу інформаційну насиченість даними щодо фінансово-господарських операцій в узагальнених матеріалах та додатках до них слідчим (старшим слідчої групи) рекомендується складати конспект цих матеріалів та схеми взаємозв'язку між цими операціями із зазначенням наявних та відсутніх даних, документів щодо кожної операції та її учасників, а також здійснювати допити як свідків службових осіб Держфінмоніторингу щодо фінансово-господарських операцій, описаних в узагальнених матеріалах та додатках до них.

У цій слідчій ситуації ключовими завданнями є вилучення оригіналів документів щодо фінансово-господарських операцій, які мають ознаки легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та шляхом їх дослідження встановлення, що активи, які виступили предметом цих операцій, одержані в результаті вчинення конкретного предикатного злочину.

З огляду на очевидну перспективу протидії розслідуванню з боку службових та інших осіб, які працюють на суб'єктах господарювання, які фігурують у фінансово-господарських операціях, які мають ознаки легалізації (відмивання) доходів, оптимальним є здійснення **обшуків**, а не тимчасових доступів до речей і документів.

Для мінімізації ризиків приховування, знищення первинної бухгалтерської документації, угод та інших матеріальних об'єктів (комп'ютерної техніки, носіїв електронних документів, грошових коштів, робочих записів осіб, які здійснюють легалізацію (відмивання) доходів, тощо) рекомендується у випадках необхідності проведення декількох обшуків у різних місцях здійснювати їх в рамках **тактичної операції «Одночасне проведення обшуків».** Її проведення потребує попереднього з'ясування всіх адрес фактичного знаходження цих матеріальних об'єктів. Для цього рекомендується залучати співробітників оперативного підрозділу.

Не слід обмежуватися тільки адресами, за якими зареєстровані та фактично здійснюють свою діяльність суб'єкти господарювання. Документи та інші матеріальні об'єкти, які мають значення для кримінального провадження, можуть знаходитися у житлі чи іншому володінні осіб, які причетні до здійснення операцій з легалізації (відмивання) доходів. Також мають бути одержані ухвали слідчого судді щодо надання дозволів на проведення обшуків, здійснене формування слідчих груп, які будуть їх проводити, або доручення обшуків співробітникам оперативного підрозділу, визначення по кожному місцю проведення обшуку переліків документів та інших матеріальних об'єктів, які мають бути виявлені та вилучені, точного часу початку проведення всіх обшуків та порядку оперативного інформування про їх хід, проміжні та остаточні результати старшого слідчої групи. Для забезпечення проведення обшуків за наявності для цього підстав може залучатися спеціальний підрозділ правоохоронного органу.

Тимчасовий доступ до речей і документів проводиться в органах державної влади, юридичних осіб, щодо яких немає підстав вважати про їх причетність до вчинення предикатного злочину та пов'язаної з ним легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Вилучені в результаті обшуків та тимчасових доступів документи та інші матеріальні об'єкти підлягають систематизації відповідно до досліджуваних у кримінальному провадженні фінансово-господарських операцій (угоди, бухгалтерські документи оперативного та аналітичного обліку, у яких відображені результати здійснення цих операцій, робочі записи осіб, які є учасниками конвертаційного центру, у яких відображене проведення грошових коштів від їх розміщення у структурах цього центру до легалізації, тощо), а також суб'єктів господарювання (статутні документи, дозволи, ліцензії, податкові звіти, тощо), фізичних осіб (накази на призначення на посади, функціональні обов'язки,

про реєстрацію фізичної особи підприємця, ксерокопії паспортів, ідентифікаційного коду, тощо), які до них причетні.

Наступним кроком у ситуаціях, коли на початку кримінального провадження за ст. 209 немає точних даних про предикатний злочин, є **збирання доказів щодо фіктивності** взаємопов'язаних між собою **операцій** з грошовими коштами та іншими активами. Способами визначення першоджерела активів, які були піддані процедурам їх легалізації (відмивання), є рух у зворотному за хронологією порядку від останньої фінансово-господарської операції, яка була спрямована на введення у легальний обіг активів (зняття грошових коштів у готівці з розрахункового рахунку, придбання реальних цінних паперів, товарно-матеріальних цінностей, нерухомого майна, транспортних засобів, тощо) до першої в ланцюгу, яка полягала у розміщенні грошових коштів для їх подальшої легалізації. Важко переоцінити значення для успішності такого дослідження робочих записів осіб, які здійснювали легалізацію (відмивання) доходів. На їх вилучення під час обшуків по таких кримінальних провадженнях треба обов'язково концентрувати увагу. Саме вони сприяють встановленню першоджерела та сум грошових коштів, які були проведені через систему фіктивних фінансово-господарських операцій до їх легалізації. Без таких записів важко встановити осіб, які надали активи для легалізації, особливо коли це були гроші у готівці.

Важливу роль у процесі доказування факту вчинення злочину, передбаченого ст. 209, є **збирання доказів** щодо фіктивності кожної фінансово-господарської операції, яка була включена у схему легалізації, а також фіктивності діяльності суб'єктів господарювання, які виступають контрагентами у цих операціях. Щодо першого, то акцентувати треба, наприклад, на фізичній неможливості реального здійснення операції з урахуванням часу, місця знаходження майна або обсягу матеріальних ресурсів для виробництва товарів, виконання робіт або надання послуг, купівлі товару, реалізація якого по документам не відбулася взагалі або він був списаний як такий, що зіпсувався, на відсутності необхідного для здійснення фінансово-господарських операцій персоналу, виробничих активів, складських приміщень, транспорту, тощо.

Фіктивність суб'єкта господарювання встановлюється як через доказування фактів здійснення ним фіктивних фінансово-господарських операцій, так і встановленням фактів його реєстрації шляхом підробки засновницьких (статутних) документів, від імені нереальних фізичних чи юридичних осіб, здійснення позастатутної діяльності, використання підроблених свідоцтв, не подання протягом року податкової звітності, здійснення фінансово-господарських операцій будучі банкрутом. Якщо під час досудового розслідування будуть встановлені факти вчинення діянь, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 205, то щодо цього злочину вносяться відомості до ЄРДР та на підставі нормативних приписів ст. 217 КПК кримінальні провадження за статтями 209 та 205 об'єднуються.

Важливу роль у збиранні доказів фіктивності правочинів при легалізації (відмиванні) доходів, одержаних злочинним шляхом, відграє **огляд.** Об'єктами огляду можуть бути приміщення, які визначаються за документами суб'єкта господарювання як торгівельні, виробничі, складські, тощо, транспортні засоби, об'єкти нерухомості, які були за документами побудовані чи у яких був здійснений ремонт, або у яких було розміщене придбане за документами обладнання, меблі, комп'ютерна та інша оргтехніка, тощо. Останні матеріальні об'єкти відповідно також підлягають огляду та вилученню. Визначення та співставлення цих матеріальних об'єктів та їх властивостей з даними, які містяться у вилучених бухгалтерських та інших документах, тобто повна відсутність таких приміщень, транспортних засобів та інших матеріальних об'єктів або невідповідність їх реальних властивостей відображеним у документах суб'єкта господарювання, дають підстави для висновку про фіктивність пов'язаних із ними правочинів.

Для перевірки достовірності відомостей, внесених у статутні документи, здійснюється звернення із запитами або **тимчасовий доступ** до документів відповідних органів державної влади, місцевого самоврядування, банківських установ.

У разі виявлення Держфінмоніторингом фактів залучення у схему легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, нерезидентів цей орган під час підготовки узагальнених матеріалів має можливість **звернутися до підрозділу фінансової розвідки іншої держави.** Офіційно надані відповіді від таких підрозділів додані до узагальнення за наявності у них всіх необхідних для досудового розслідування даних знімають необхідність звернення щодо цих же даних до правоохоронних органів інших держав. У разі необхідності здійснення процесуальних дій щодо нерезидентів в порядку, передбаченому КПК та відповідними міжнародними договорами, необхідно

звернутися до правоохоронних органів відповідної держави щодо надання необхідної правової допомоги у кримінальному провадженні. Для забезпечення повноти виконання **запиту про надання міжнародної правової допомоги** у кримінальному провадженні рекомендується за погодженням із правоохоронним органом запитуваної сторони направляти старшого слідчої групи та/або члена слідчої групи у закордонне відрядження для участі у проведенні процесуальних дій.

Співробітники Держфінмоніторингу досліджуючи фінансово-господарські операції, які мають ознаки легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, застосовують спеціальні знання, однак, це не означає, що у кримінальному провадженні за ст. 209 відпадає потреба у проведенні судових **експертиз.** Обсяг даних, який має у своєму розпорядженні Держфінмоніторинг та який має слідчий після проведення обшуків, тимчасових доступів до речей і документів, витребування документів, одержання відповідей на запити щодо надання міжнародної правової допомоги, допитів суттєво відрізняється. З огляду на це з метою забезпечення з використанням спеціальних знань повноти дослідження обставин легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, необхідно призначати судові експертизи, ключове місце серед яких займають економічні (бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій), товарознавчі (машин, обладнання, сировини та товарів народного споживання; автотоварознавча; транспортно-товарознавча), почеркознавча та технічна експертиза документів.

Як **свідки допитуються** особи, які значаться як засновники, службові особи суб'єктів господарювання, але фактично до них ніякого відношення не мають, фізичні особи або керівники юридичних осіб, нерухомість, транспортні засоби яких значаться на балансі суб'єкта господарювання, який є фігурантом розслідування, хоча вони у оренду не надавалися, службові особи суб'єктів господарювання, які були вказані у вилучених документах як контрагенти, але які відношення до фіктивних фінансово-господарських операцій не мали.

Свідками у кримінальному провадженні за ст. 209, якщо воно не об'єднане із кримінальним провадженням про предикатний злочин, можуть бути особи, які вчинили останній, але не брали участь у легалізації (відмиванні), одержаних ними в результаті вчинення злочину доходів. Цих осіб допитують щодо обставин отримання злочинних доходів, обставин, за яких вони познайомилися із особою, яка здійснила легалізацію (відмивання) її доходів (який термін знайомі, хто познайомив, наявність корупційних зв'язків), обставин та умов їх передачі легалізатору, умов, за яких обіцяно здійснити легалізацію, характер стосунків з легалізатором, а також ступеню їх обізнаності відносно злочинного походження предмета легалізації, відомих свідку фінансово-господарських операцій, шляхом здійснення яких відбулася легалізація (відмивання), коли, у якій формі він одержав легалізовані активи, де, у кого вони знаходяться.

Також як свідки за необхідності можуть бути допитані особи, які були причетні до здійснення окремих операцій з легалізації (відмивання) доходів, щодо яких немає даних про їх співучасть у вчиненні злочину, передбаченому у ст. 209. До числа таких свідків відносяться:

- працівники банківських та інших фінансових установ, через які здійснювались операції з легалізації коштів (про обставини відкриття рахунків юридичним чи фізичним особам, що причетні до легалізації, характер здійснених фінансових операцій по їх рахунках, осіб, які звертались до банку під час здійснення цих операцій, заходів що були вжиті в рамках здійснення первинного фінансового моніторингу, тощо);

- службові особи різних державних органів залежно від сфери їх компетенції про порядок реєстрації суб'єктів господарювання, обставини оформлення митних декларацій щодо виконання зовнішньоекономічних операцій, обставини оформлення звітних документів та документів на одержання певних пільг, відшкодувань, здійснення податкових перевірок юридичних осіб, які були залучені до схеми легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, тощо;

- нотаріуси, адвокати, співробітники юридичних фірм, працівники бюро технічної інвентаризації, ріелтери, аудитори, які брали участь у підготовці та реалізації правочинів з активами злочинного походження на різних етапах їх легалізації.

Щодо даних, які характеризують особу легалізатора та відомих їм даних про його діяльність можуть бути допитані як свідки родичі, близькі знайомі, друзі підозрюваного.

Успішність розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, прямо залежить від доказування факту вчинення предикатного злочину і встановлення сум незаконного одержаних грошових коштів, інших активів, які потім були піддані фінансово-господарським

операціям для їх легалізації. Відповідно, після повідомлення про підозру особам, які вчинили предикатний злочин, за наявності достатніх доказів щодо вчинення конкретними особами діянь, які підпадають під ознаки злочинів, передбачених ст. 209, повідомлення про підозру у легалізації (відмиванні) доходів, одержаних злочинним шляхом, та обрання їм запобіжного заходу може бути обґрунтованим.

Допити підозрюваних у таких кримінальних провадженнях через значний обсяг обставин, які підлягають з'ясуванню, вимагають ретельної підготовки до їх проведення, що має втілюватися не тільки у складанні детального плану допиту, а й підборі бухгалтерських та інших документів по кожній фінансово-господарській операції та суб'єкту господарювання, які пов'язані із легалізацією доходів, одержаних в результаті вчинення конкретного злочину, висновків судових експертиз та нормативно-правових актів у сфері фінансово-господарської діяльності, які були порушені під час вчення злочину, передбаченого статтею 209.

Якщо підозрюваний співробітничає зі слідством, то необхідно у нього з'ясовувати відомі йому дані, які дозволяють визначити характер та ступінь участі кожного співучасника у здійсненні легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Якщо особа, яка вчинила дії, спрямовані на легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, не вчиняла предикатного злочину, то для доказування її вини достатнім є усвідомлення, що легалізовані нею або за її участі активи були одержані в результатів вчинення злочину, за який КК передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі нмдг. Обґрунтування стороною обвинувачення обізнаності такої особи може, наприклад, спиратися на розмір суми, яка була піддана легалізації, сферу діяльності особи, яка надала активи, у взаємозв'язку з тим, що у законний спосіб одержані доходи не має необхідності легалізувати (відмивати).

Після повідомлення про підозру слідчий має здійснити процесуальні дії, спрямовані на накладення арешту на майно підозрюваного, яке може бути конфісковане, або на майно, яке може бути піддане спеціальній конфіскації.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 209 КК, отримані в результаті виявлення та розслідування корупційного злочину.

Ця ситуація, у порівнянні із попередньою, є більш сприятливою для досудового розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, тому що досудове розслідування йде від предикатного злочину.

Під час здійснення оперативно-розшукової діяльності та подальшого досудового розслідування корупційних злочинів в результаті з'ясування місцезнаходження грошових коштів, інших активів, які були протиправно одержані службовою особою, або третіми особами за погодженням із цією особою, може бути встановлений факт подальшого вчинення фінансової операції чи правочину з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення корупційного злочину, а також вчинення дій, спрямованих на приховування чи маскування незаконного походження таких коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, зміну їх форми (перетворення), а так само набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна, одержаних внаслідок вчинення корупційного злочину, що передував легалізації (відмиванню) доходів.

Відповідно, завданням слідчого є, відштовхуючись від вже відомих йому даних про обставини вчинення предикатного корупційного злочину, зібрати докази вчинення пов'язаної із ним легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Виявлення та розслідування останньої може мати свої особливості, обумовлені видом корупційного злочину, обраними злочинцями способами його вчинення та видом доходів, які були одержані злочинним шляхом (гроші у готівковій чи безготівковій формі, товарно-матеріальні цінності, тощо). Приклади впливу останнього на обрання способів легалізації наведені у загальних положеннях цих методичних рекомендацій.

З початку слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, в результаті проведення яких можуть бути одержані дані про діяння осіб, у яких є ознаки легалізації (відмивання) доходів, проводяться у кримінальному провадженні про предикатний корупційний злочин.

До їх числа відносяться зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, аудіо-, відеоконтроль особи, моніторинг банківських рахунків, спеціальний слідчий експеримент, спостереження за особою, допити підозрюваного, свідків, обшуки.

При одержанні достатніх даних про вчинення злочину, передбаченого ст. 209, вносяться відомості

до ЄРДР та за наявності для цього підстав, передбачених ст. 217 КПК, кримінальні провадження щодо цих злочинів можуть бути об'єднані.

Якщо підстав для об'єднання немає, наприклад, коли особа, яка вчинила предикатний злочин, не брала участі у легалізації (відмиванні) доходів, одержаних злочинним шляхом, то до матеріалів кримінального провадження за ст. 209 долучаються виділені із кримінального провадження про предикатний злочин протоколи слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, вилучені документи та інші матеріальні об'єкти, які мають значення для доказування легалізації, відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом.

Подальший алгоритм дій слідчого, спрямованих на встановлення факту та обставин легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, в цілому відповідає наведеному для першої слідчої ситуації після проведення обшуків, тимчасових доступів до речей і документів.

4.5. Декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК)
(К. Задоя)

Правові засади фінансового контролю в антикорупційній сфері України визначаються розділом VII Закону «Про запобігання корупції». Частини 1, 2 ст. 45 цього Закону покладають на окремих суб'єктів обов'язок подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Стаття 366-1 покликана гарантувати належне виконання зазначеного обов'язку суб'єктами декларування.

Предмет злочину.

Відомості в декларації – це відомості, що відповідно до частин 1, 3 ст. 46 Закону «Про запобігання корупції» включаються до декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Ідеться як про ***персональні дані*** особи (прізвище, ім'я, по батькові, реєстраційний номер облікової картки платника податків тощо), так і про відомості щодо її ***майнового становища*** (об'єкти нерухомості, незавершеного будівництва, цінне рухоме майно тощо).

Ці відомості слід уважати недостовірними, якщо вони не відповідають дійсності. Наприклад, у декларації: а) наведено відомості не про всі об'єкти нерухомості, які належать суб'єкту декларування та членам його сім'ї на праві приватної власності або знаходяться в них в оренді чи на іншому праві користування; б) зазначено невірні дані щодо дати набуття цінних паперів у власність чи їх номінальної вартості або кількості; в) не відображено нематеріальні активи, що належать суб'єкту декларування або членам його сім'ї, тощо.

Згідно з вимогами ст. 46 Закону «Про запобігання корупції» одні й ті самі відомості можуть вказуватись у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, декілька разів. Наприклад, якщо зареєстрованим та фактичним місцем проживання особи є об'єкт нерухомості, що належить їй на праві власності, інформація про цей об'єкт повинна бути відображена в декларації тричі: 1) як зареєстроване місце проживання декларанта; 2) як місце його фактичного проживання; 3) як об'єкт нерухомості, що належить декларанту на праві власності.

> *Краснолиманський міський суд Донецької області вироком від 12 червня 2018 р. в справі №236/6/18[1] правильно засудив за ст. 366-1 особу, яка серед належних їй на праві власності чи користування об'єктів нерухомості не відобразила в декларації квартиру, в якій була зареєстрована та фактично проживала. Той факт, що засуджений зазначив квартиру як місце своєї реєстрації та фактичного проживання, не свідчить про виконання ним обов'язку задекларувати належні йому об'єкти нерухомості хоча б тому, що з інформації про місце реєстрації та місце проживання не випливає, на яких правових підставах декларант користується відповідним майном.*

В окремих випадках ст. 46 Закону «Про запобігання корупції» описує відомості, які підлягають декларуванню за допомогою невичерпних переліків. Наприклад, у п. 9 ч. 1 цієї статті йдеться про фінансові зобов'язання, у т.ч. отримані кредити, позики, зобов'язання за договорами лізингу, розмір сплачених коштів в рахунок основної суми позики (кредиту) та процентів за позикою (кредиту), зобов'язання за договорами страхування та недержавного пенсійного забезпечення, позичені іншим особам кошти. У таких випадках необхідно уникати невиправдано формального підходу до тлумачення законодавчих положень.

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74683155

Не можна погодитись з рішенням Великоберезнянського районного суду Закарпатської області, який вироком від 2 липня 2018 р. в справі №298/1385/17 виправдав особу, що не зазначила у своїй декларації зобов'язань щодо сплати заборгованість за цивільним правочином, а також зобов'язань щодо сплати процесуальних витрат та судового збору. На обґрунтування свого рішення суд вказав, що ані в ст. 46 Закону «Про запобігання корупції», ані в самій декларації не зазначено виду «зобов'язання, яке виникло на основі рішення суду»[1].

Тим самим суд, по-перше, проігнорував невичерпний характер переліку відомостей, про які йдеться в п. 9 ч. 1 ст. 46 Закону «Про запобігання корупції», по-друге, уникнув відповіді на запитання про те, чи існував обов'язок обвинуваченого внести до декларації ті відомості, згадки яких він уникнув, по-третє, спотворив підставу виникнення зобов'язань обвинуваченого, оскільки щонайменше в частині зобов'язання повернути борг за цивільним правочином, підставою його виникнення є не судове рішення, яке лише підтвердило факт існування відповідного зобов'язання у обвинуваченого.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони склад злочину, передбачений ст. 366-1 є формальним. Декларування недостовірної інформації вчиняється шляхом **бездіяльності**, яка може набувати форми:

1) подання суб'єктом декларування недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом «Про запобігання корупції»;

2) неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації.

Попри те, що перша із форм вчинення злочину, передбаченого ст. 366-1, справляє враження активної поведінки (дії), насправді це не так, оскільки за відповідним законодавчим формулюванням приховане неналежне виконання обов'язку подати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Зокрема, на це вказує те, що згідно з ч. 4 ст. Закону «Про запобігання корупції» у разі виявлення у декларації недостовірних відомостей суб'єкт декларування зобов'язаний подати відповідну декларацію з достовірними відомостями.

Подання недостовірних відомостей у декларації означає передачу у встановленому законодавством порядку до НАЗК декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка містить недостовірні відомості. Згідно з ч. 1 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» такі декларації подаються шляхом заповнення на офіційному веб-сайті НАЗК. Хоча в ч. 2 ст. 45 Закону «Про засади запобігання корупції» відсутня вказівка на заповнення декларації на офіційному веб-сайті НАЗК особами, які припиняють чи припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, однак реально вони подають декларації в такому ж порядку.

Передача до НАЗК недостовірних відомостей, передбачених частинами 1, 3 ст. 46 Закону «Про запобігання корупції», в не обумовлений законодавством спосіб (за допомогою кур'єра, пошти чи засобів зв'язку тощо) не може кваліфікуватися як подання недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування: така дія в принципі не може вважатись виконанням обов'язку, передбаченого ст. 45 Закону «Про запобігання корупції». За наявності необхідних для того підстав особа у таких випадках може підлягати кримінальній відповідальності за умисне неподання декларації.

Дії суб'єкта декларування *не можуть* кваліфікуватись за ст. 366-1, якщо з боку суб'єкта декларування має місце або виконання вимог, або реалізація прав, передбачених Законом «Про запобігання корупції»:

1) він скористався передбаченим ч. 4 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» правом виправити виявлені ним у декларації помилки й не порушив встановленого порядку і строків реалізації цього права;

2) вартість майна, майнових прав, активів, інших об'єктів декларування, що перебувають у володінні чи користуванні суб'єкта декларування, не була зазначена в декларації, але при цьому на момент її подання вона не була й не повинна була бути відомою суб'єкту декларування;

3) член сім'ї суб'єкта декларування відмовився надати будь-які відомості чи їх частину для

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75021235

заповнення декларації суб'єкту декларування, а останній зазначив про це в декларації, відобразивши при цьому всю відому йому інформацію про такого члена сім'ї.

Згідно з абз. 2 примітки до ст. 366-1 відповідальність за подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації стосовно майна або іншого об'єкта декларування, що має вартість, настає у випадку, якщо такі відомості ***відрізняються від достовірних на суму понад 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб.*** При тлумаченні цього положення слід звернути особливу увагу на такі обставини:

- вартість об'єкта декларування повинна встановлюватись станом на 31 грудня звітного року, якщо станом на цей момент мав місце юридичний зв'язок між об'єктом декларування та декларантом (об'єкт перебував у власності або у володіння декларанта, фінансове зобов'язання декларанта продовжувало існувати тощо), або станом на момент, коли під час звітного року вказаний юридичний зв'язок припинився (декларант продав об'єкт декларування, припинив користування ним, виконав свої фінансові зобов'язання тощо).

> *Не можна вважати правильним, наприклад, підхід Краснолиманського міського суду Донецької області, який, засуджуючи особу вироком від 12 червня 2018 р. в справі №236/6/18, спирався на висновок будівельно-технічної експертизи про визначення ринкової вартості незадекларованої обвинуваченим квартири станом на 31 березня 2017 року, тобто останній день подання щорічної декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за 2016 рік, хоча саму декларацію обвинувачений подав 20 березня того ж року, а відомості в ній стосувались 2016 року.*

У цьому випадку суд не врахував, що у щорічній декларації зазначаються відомості про майнове становище особи станом за звітний рік, який на момент декларування вже минув, а не станом на момент декларування;

- у примітці до ст. 366-1 не вказано, яким конкретно розміром прожиткового мінімуму для працездатних осіб слід керуватись при застосуванні абз. 2 примітки до ст. 366-1. Зважаючи, що в тексті ст. 46 Закону «Про запобігання корупції» неодноразово говориться про розмір прожиткового мінімуму *станом на 1 січня звітного року*, саме на нього і слід орієнтуватися при застосуванні абз. 2 примітки до ст. 366-1;

- зважаючи на те, що диспозиція ст. 366-1 не містить жодних згадок про кількісні характеристики об'єктів декларування, щодо яких особа задекларувала недостовірні відомості, обставину, про яку йдеться в абз. 2 примітки до ст. 366-1, слід розглядати як своєрідну об'єктивну умову настання кримінальної відповідальності особи, яка не охоплюється складом злочину взагалі та виною зокрема[1].

Згідно з п. 5 ч. 1 ст. 12 Закону «Про запобігання корупції» НАЗК має право приймати обов'язкові для виконання нормативно-правові акти з питань, що належать до його компетенції, у т.ч. з питань забезпечення ведення Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (п. 9 ч. 1 ст. 11 Закону) та здійснення контролю та перевірки декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зберігання та оприлюднення таких декларацій, проведення моніторингу способу життя осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (п. 8 ч. 1 ст. 11 Закону).

Як наслідок, суб'єкти декларування повинні додержуватись актів НАЗК, які стосуються процедури декларування, зокрема Роз'яснень щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю, затверджене рішенням НАЗК від 11 серпня 2016 р. №3).

Відповідно, такі правові акти створюють у суб'єктів декларування уявлення про правомірне та протиправне під час процедури декларування, а отже суб'єкт декларування не повинен підлягати відповідальності за ст. 366-1 за слідування інструкціям, що містяться в правових актах НАЗК.

При кваліфікації дій особи як подання недостовірних відомостей у декларації, слід враховувати, що вона має здійснюватись «автономно» від положень приватного (цивільного, господарського, сімейного, житлового) права та актів його застосування, наприклад:

- передбачені ЦК підстави виникнення в особи права користування майном мають значення лише для цілей «горизонтальних» приватно-правових відносин з іншими суб'єктами цивільних прав. Для

---

[1] Положення абз. 2 примітки до ст. 366-1 є юридичним «антиподом» стосовно положень ч. 2 ст. 385 та ч. 2 ст. 396 КК.

цілей антикорупційного законодавства та цілей тлумачення ст. 366-1 користування майном є питанням факту. Відповідно, якщо зібрані докази дають підстави вважати, що суб'єкт декларування фактично (реально) користувався певним майном, не має значення те, чи стало користування можливим внаслідок: укладення правочину у визначеній цивільним законодавством формі, укладення правочину без додержання передбаченої законом форми або кримінально протиправних дій особи (наприклад, крадіжки майна, одержання неправомірної вигоди);

- положення КПК надають преюдиційального значення рішенням інших судів лише в особливих випадках. Зокрема, згідно зі статтею 90 КПК рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР, має преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів. Оскільки рішення, яким встановлено чи не встановлено факт спільного проживання осіб чи будь-який інший юридичний факт, не є рішенням, яким встановлено «порушення прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», воно не має преюдиціального характеру у кримінальному провадженні за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ст. 366-1.

Неподання декларації – це бездіяльність суб'єкта декларування, яка полягає в послідовному невиконанні ним двох обов'язків: 1) обов'язку передати декларацію до НАЗК в установленому порядку в ***строк***, визначений законом; 2) а після цього – обов'язку передати декларацію ***упродовж десяти днів з дня*** отримання повідомлення НАЗК про неподання декларації.

Ускладнений характер діяння обумовлено тим, що ч. 1 ст. 172-6 КАП установлює відповідальність за несвоєчасне подання зазначеної декларації. Якщо ж обмежувати зміст неподання декларації лише вказівкою на неподання її в строк, визначений законодавством, це не дозволятиме відмежувати злочин, передбачений ст. 366-1, від адміністративного проступку, передбаченого ч. 1 ст. 172-6 КАП.

На жаль, у судовій практиці не приділяється належна увага факту отримання особою повідомлення НАЗК про неподання декларації ані при розгляді справ про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 1 ст. 172-6 КАП, ані при розгляді справ про злочини, передбачені ст. 366-1.

> *Гадяцький районний суд Полтавської області, ухвалюючи постанову від 6 вересня 2018 р. в справі №538/1017/18[1] про визнання особи винною у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-6 КАП, взяв до уваги протокол про адміністративне правопорушення та інші матеріали, але не встановлював, чи надходило особі від НАЗК повідомлення про неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.*
>
> *З іншого боку, Фрунзенський районний суд м. Харкова, засуджуючи особу за ст. 366-1 вироком від 25 жовтня 2017 р. в справі №645/2465/17 прямо відкинув її посилання на те, що вона не отримувала від НАЗК повідомлення про неподання декларації, стверджуючи, що «не надіслання НАЗК на адресу обвинуваченого повідомлення щодо не подачі декларації законодавство не пов'язує із настанням наслідків, тобто настання відповідальності за ст. 366-1 КК в умисному неподанні декларації, тільки після письмового повідомлення суб'єкта декларування, тому суд не приймає зазначені доводи обвинуваченого, як підставу для постановлення виправдувального вироку»[2]. Уразливість подібних міркувань очевидна хоча б через те, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 366-1, не передбачає настання жодних наслідків.*

Згідно з ч. 1 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» декларація особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може бути подана лише шляхом її заповнення на офіційному веб-сайті НАЗК. Відповідно, не може вважатись поданням декларації надсилання її до НАЗК в будь-який інший спосіб.

> *Наприклад, Монастирищенський районний суд Черкаської області вироком від 6 липня 2018 р. в справі №702/622/17 засудив за ст. 366-1 особу, яка з релігійних переконань відмовилась надавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в електронній формі, а натомість подала до НАЗК декларацію у письмовому вигляді[3].*

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76281803

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69846895

[3] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75159780

Суб'єктивна сторона злочину.

З суб'єктивної сторони злочин характеризується виключно прямим умислом. Суб'єкт декларування усвідомлює невідповідність зазначених ним у декларації відомостей реальному стану речей або ж той факт, що він не виконує обов'язки щодо подання декларації до НАЗК. Таке усвідомлення стосується як фактичної сторони вчинюваного діяння, так і його соціального значення.

Усвідомлення фактичної сторони діяння відсутнє, якщо суб'єкт декларування вніс до декларації відомості, які не відповідають дійсності, не усвідомлюючи цього факту, то незалежно від причини, що стали причиною цього (технічні проблеми, брак навичок роботи з комп'ютерною технікою, втома, стан здоров'я тощо)[1].

Не виключено, що в окремих випадках, коли з боку декларанта відсутнє усвідомлення суспільно небезпечного характеру подання завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», можна вести мову про недбалість в розумінні ч. 2 ст. 25, однак, факт подання недостовірних відомостей у декларації з недбалості не створює підстав для відповідальності за ст. 366-1.

Хоча в більшості випадків усвідомлення фактичної сторони діяння свідчить про усвідомлення його соціального значення, така залежність не має характеру неспростовної презумпції[2].

Наприклад, не можна вести мову про усвідомлення суб'єктом декларування суспільної небезпечності діяння в таких випадках:

а) форма декларації (затверджена рішенням НАЗК від 10 червня 2016 р. №3), не дозволяє особі повно та точно відобразити її персональні дані чи відомості щодо її майнового стану, або роз'яснення НАЗК допускають різночитання щодо того, які відомості та як саме слід вносити до декларації;

б) особа в силу серйозної хвороби, стихійного лиха чи інших незалежних від неї обставин виняткового характеру, не могла у встановлений строк виконати вимогу НАЗК про подання декларації.

З огляду на усталені підходи судової практики щодо врахування об'єктивних обставин вчинення діяння (злочину) при встановленні його суб'єктивної сторони[3], такий підхід має застосовуватись й у кримінальних провадженнях за ст. 366-1.

Зокрема, факт подання особою неправдивих відомостей у декларації має оцінюватись у сукупності з її попередньою та наступною поведінкою. Наприклад, якщо особа у попередніх щорічних деклараціях відображала певні об'єкти, а в черговій декларації не зробила цього і при цьому не внесла до декларації неправдиві відомості про припинення права власності на такий об'єкт чи права користування ним, подібне поєднання фактичних обставин свідчить на користь того, що особа несвідомо внесла до декларації неправдиві відомості. І, навпаки, якщо декларант не вносить до декларації певні об'єкти, щодо яких він реально має право власності та користування, та водночас вносить до декларації неправдиві відомості про припинення вказаних прав, це свідчить на користь того, що він усвідомлював характер вчиненого ним діяння, а отже – діяв з умислом, характерним для злочину, передбаченого ст. 366-1.

---

[1] У доктрині кримінального права відповідальність за так зване необережне упущення вважається обгрунтованою лише тоді, коли особа «відволіклась іншими фактами чи інформацією, хоча знає, що застосований спосіб (діяння) здійснення психологічної поведінки за своїм характером вимагає постійного фізичного та психічного втручання», адже в протилежному випадку «можна виправдати відповідальність і за забудькуватість, і за неуважність та т.п. і тоді, коли ці явища не залежать від волі та свідомості особи, тобто за відсутності вини» (Хорнабуджели Б. Психологическая сторона вины. Тбилиси: Ганатлеба, 1981. С. 97-98).

[2] У цьому аспекті показовою є класична ще з радянських часів справа Алієва та Новрузова, в якій Верховний Суд СРСР дійшов такого висновку: «Згідно зі ст. 19 КК Азербайджанської РСР, недонесення про достовірно відомий злочин, що готується, здійснюється, або вчинений злочин може бути лише умисним. Отже, при недонесенні про злочин той, хто не доносить, передбачає, що своїм неповідомлення про злочин він сприяє підготовці, вчиненню, приховування злочину та злочинця і тим самим позбавляє відповідні органи влади можливості вжити заходів до припинення злочинної діяльності та до викриття злочинця. В даному ж випадку як Новрузов, так і Алієв були переконані, що органам влади відомі як сам факт вбивства Ісаєва, так і особа, яка його вчинила, і вони не повідомили про це лише тому, що вважали зайвим додатково повідомляти про це» (Бюллетень Верховного Суда СССР. 1963. №3. С. 34—35).

[3] Наприклад, у п. 22 постанови ПВС від 7 лютого 2003 р. №2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» зазначено: «Для відмежування умисного вбивства від умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК), суди повинні ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Питання про умисел необхідно вирішувати виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передувала події, їх стосунки». Див. також абз. 2 п. 4 постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. №4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів».

Важливим при встановленні суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 366-1, є й з'ясування мотиву, з яким діяв суб'єкт декларування. Хоча цей елемент суб'єктивної сторони злочину й не є обов'язковим на рівні ст. 366-1, однак відсутність доказів, які б свідчили про конкретний мотив внесенням особою до декларації неправдивих відомостей, створює підстави для висновку, що така особа насправді не усвідомлювала характеру своїх дій, а отже – в її поведінці відсутній умисел[1].

З іншого боку, ані кримінальне, ані антикорупційне законодавство не допускають можливості відмови особи подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у визначеному законом порядку з ідеологічних, політичних, релігійних міркувань або з огляду на бажання зберегти своє приватне життя в таємниці.

> *Монастирищенський районний суд Черкаської області у вже згаданому вище вироку від 6 липня 2018 р. в справі №702/622/17 справедливо не взяв до уваги посилання обвинуваченої на те, що подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування в електронній формі суперечить її релігійним переконанням*[2].

У цьому контексті варто також відмітити ухвалу ЄСПЛ в справі «*Wypych v. Poland*» (2005), в якій суд констатував відсутність порушення права заявника на повагу до приватного життя через покладення на нього як на члена органу місцевого самоврядування обов'язку подавати декларацію про майнове становище в електронній формі. Мотивуючи своє рішення суд послався на те, що такий варіант державного втручання переслідує суспільно значиму мету, ступінь втручання у приватне життя заявника відповідає вказаній меті, а перебування заявника на відповідній посаді є наслідком його власного волевиявлення. Ці правові аргументи є релевантними і в контексті можливих пояснень осіб, обвинувачених у вчиненні злочину, передбаченого ст. 366-1, про неприйнятність для них особисто з тих чи інших міркувань системи електронного декларування.

Спрощено кажучи, передбачене антикорупційним законодавством декларування стосується обмежених категорій осіб, яка обіймають відповідні посади чи здійснюють певну діяльність на підставі власного волевиявлення. Відповідно, приймаючи для себе рішення про зайняття відповідної посади чи здійснення відповідної діяльності, особа імпліцитно погоджується і з тим, що наслідком такого вибору буде покладення на неї обов'язку подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування[3].

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 366-1, є спеціальним. За змістом примітки до ст. 366-1 кримінальній відповідальності можуть підлягати ***особи, які відповідно до частин 1, 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» зобов'язані подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування***.

До числа суб'єктів злочину, передбаченого ст. 366-1, належать, зокрема, особи, що припиняють діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Для цілей антикорупційного законодавства та, відповідно, для цілей тлумачення ст. 366-1 до їх числа слід відносити усіх осіб, що припиняють діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, незалежно від процедури чи підстави припинення вказаної діяльності.

Таким чином, не можна погодитися з позицією, викладеною в п. 2 Інформаційного листа ВСС від 22.05.2017 р. щодо притягнення до адміністративної відповідальності за окремі правопорушення, пов'язані з корупцією, в якому з посиланням на ст. 126 Конституції України наголошується, що вимоги ч. 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» є актуальними лише для суддів, чиї повноваження припиняються, але не для суддів, які звільняються. Попри те, що в Основному Законі виокремлено

---

[1] Наприклад, мотив ніколи не був конструктивним елементом склад злочину, передбаченого ст. 358 КК, однак тим не менш в ВСУ в ухвалі від 5 травня 2011 р. в справі №5-555км11 вказав: «Не встановлено органом досудового слідства і судом характеру взаємовідносин між ОСОБА_6 та ОСОБА_5, а відтак і мотиву вчинення злочину, за який її засуджено, хоча встановлення цього мотиву могло б свідчити про усвідомлення засудженою протиправності видачі посвідчення особи моряка України ОСОБА_6» (ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15119621). Ця правова позиція видається важливою, зважаючи на подібність складів злочинів, передбачених статтями 358 та 366-1 КК.

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75159780

[3] З огляду на це стає зрозумілим, чому законодавство містить застереження щодо відмови від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків та не містить такого ж застереження щодо відмови від подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Обов'язок прийняти реєстраційний номер стосується максимально широкого кола осіб та не залежить від їх попередніх дій, які б свідчили про згоду прийняти вказаний номер.

два варіанти припинення виконання особою функцій судді, це автоматично не означає, що таке розмежування є актуальним і для антикорупційного законодавства. Протилежне означало б, що судді, які звільняються з підстав порушення вимог щодо несумісності або порушення обов'язку підтвердити законність джерел походження майна, не зобов'язані подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування в порядку ч. 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції».

При визначенні того, чи підлягає особа відповідальності за ст. 366-1, слід враховувати практику НАЗК з надання роз'яснень зацікавленим особам щодо того, чи є вони суб'єктами декларування. Наприклад, одним із таких роз'яснень НАЗК визнало, що не належать до числа суб'єктів декларування працівники патронатної служби (ст. 92 Закону «Про державну службу»)[1], іншим – визначило, хто саме з числа так званих антикорупційних активістів повинен подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування[2]. Особи, які, керуючись такими роз'ясненнями, не подали декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не повинні підлягати кримінальній відповідальності за ст. 366-1, оскільки не можуть вважатись такими, що не подали декларацію умисно в розумінні ст. 24 КК.

Особа, яка претендує на зайняття посади, зазначеної в п. 1, підп. «а» п. 2 ст. 3 Закону, ані за неподання декларації, ані за подання завідомо недостовірних відомостей у декларації, відповідальності за ст. 366-1 не несе. Подання такою особою недостовірних відомостей у декларації не може кваліфікуватись і за ст. 358: декларація особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не є офіційним документом у розумінні примітки до ст. 358. Офіційні документи за змістом примітки до ст. 358 складають, видають чи посвід-чують повноважні (компетентні) особи органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб, а також окремі громадяни, у т.ч. самозайняті особи, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити. Декларація ж під таке визначення не підпадає, оскільки: а) її не складає, не видає, не посвідчує жодна із зазначених осіб; б) її складання є обов'язком, а не правом суб'єкта декларування.

Відповідальності за ст. 366-1 підлягає особа, яка реально обіймала посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

> *Виноградівський районний суд Закарпатської області вироком від 18 червня 2018 р. в справі №299/2754/17 правильно виправдав особу, яку без її згоди було обрано сільською радою на посаду керівника комунального підприємства без її згоди. При цьому наказ про призначення на посаду до відома обвинуваченого не доводився, посадові обов'язки йому не роз'яснювались, заробітна плата не нараховувалась, фактичного керівництва підприємством він не здійснював*[3]*.*

Окремої уваги потребують випадки залучення суб'єктами декларування до складання та подання декларації сторонніх осіб (наприклад, колег по роботі, членів сім'ї):

1) стаття 45 Закону «Про запобігання корупції» не передбачає можливості делегування виконання обов'язку подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, сторонній особі. Таким чином, цей обов'язок повинен виконуватись суб'єктом декларування особисто.

Згідно з ч. 1 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» виконання вказаного обов'язку здійснюється шляхом заповнення декларації на офіційному веб-сайті НАЗК. При цьому п. 3 розділу ІІ Порядку формування, ведення та оприлюднення (надання) інформації Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, затвердженого рішенням НАЗК від 10 червня 2016 р. №3, передбачає, що суб'єкт декларування повинен зареєструватися у Єдиному державному реєстрі декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, з використанням особистого ключа та посиленого сертифіката відкритого ключа електронного цифрового підпису (далі – ЕЦП), а з пунктів 4 та 8 розділу ІІ вказаного Порядку випливає, що доступ до персонального кабінету, в якому відбувається заповнення декларації та її підписання можливе виключно з використанням ЕЦП. У свою чергу

---

[1] https://nazk.gov.ua/news/nazk-nadaye-rozyasnennya-shchodo-deklaruvannya-pracivnykiv-patronatnoyi-sluzhby

[2] https://hromadske.ua/posts/nazk-utochnylo-khto-z-antykoruptsioneriv-maie-podavaty-deklaratsii

[3] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74723437

ч. 2 ст. 12 Закону «Про електронні довірчі послуги» покладає на користувачі електронних довірчих послуг обов'язок забезпечувати конфіденційність та неможливість доступу інших осіб до особистого ключа. Отже, із перерахованих вище положень законодавства так само випливає, що заповнювати, підписувати та надсилати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повинен виключно суб'єкт декларування.

Таким чином, у випадку, якщо стороння особа за «дорученням» особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, здійснила подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, цей акт не може вважатись належним виконанням суб'єктом декларування покладеного на нього обов'язку, а отже – наявні підстави кваліфікувати його поведінку як умисне неподання декларації;

2) сторонні особи можуть підлягати відповідальності як пособники в поданні суб'єктом декларування недостовірних відомостей у декларації за умови усвідомлення ними факту внесення до зазначеної декларації недостовірних відомостей. З причин наведених вище сторонні особи не можуть вважатись виконавцями чи співвиконавцями цього злочину;

3) за наявності достатніх для того підстав сторонні особи мають додатково відповідати за вчинення злочину, передбаченого ст. 361.

Оскільки подання декларацій здійснюється через офіційний веб-сайт НАЗК, то склад декларування недостовірної інформації слід відмежовувати від складів деяких злочинів у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку. Відповідальність за ст. 366-1 настає у випадку подання недостовірних відомостей у декларації самим суб'єктом декларування. Якщо ж такі відомості були внесені до декларації після її подання іншими особами (так званими хакерами чи особами, що здійснюють адміністрування Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування), дії таких осіб мають за наявності достатніх для того підстав кваліфікуватись за статтями 361 чи 362. У випадках, коли ці особи діяли на прохання, за дорученням чи наказом суб'єкта декларування, останній підлягає відповідальності як підбурювач до одного із вказаних злочинів.

При порушенні кримінального провадження за ст. 366-1 та подальшому застосуванні цього положення кримінального закону не повинно братись до уваги Рішення НАЗК №1375 від 8 грудня 2017 р. «Про затвердження Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно необхідності попереднього встановлення фактів порушення антикорупційного законодавства, а саме декларування недостовірної інформації та незаконного збагачення, Національним агентством з питань запобігання корупції під час повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування для порушення кримінального провадження за ознаками кримінальних правопорушень, передбачених ст. 366-1 та ст. 368-2 Кримінального кодексу України»[1], згідно з яким порушенню кримінальних проваджень за цими статтями має передувати висновок НАЗК про порушення особою антикорупційного законодавства.

Згідно з ч. 1 ст. 9 КПК суб'єкти владних повноважень у межах кримінального провадження мають керуватись Конституцією України, міжнародними договорами та актами законодавства, однак рішення НАЗК не належать до жодної з цих категорій, а отже – вони не можуть створювати перешкоди для порушення та здійснення кримінального провадження.

Звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання за злочин, передбачений ст. 366-1 КК.

Особа, яка вчинила злочин, передбачений ст. 366-1, може бути звільненою:

1) *від кримінальної відповідальності* – на підставах статей 45-49 КК. Варто відмітити, що у судовій практиці починає зароджуватись тенденція до звільнення осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 366-1, від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48) на тій підставі, що обвинувачений, який вчинив неподання декларації, подав її, а обвинувачений, що подав декларацію із завідомо недостовірними відомостями, подав декларацію з вірними відомостями (див., наприклад, ухвалу Фрунзівського районного суду Одеської області від 24 липня 2018 р. в справі №517/321/18[2]).

---

[1] https://nazk.gov.ua/sites/default/files/08.12._1375.pdf

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75464173

Таку практику вважати вірною не можна, оскільки вона не відповідає справжньому змісту поняття «зміна обстановки» в тексті ст. 48. Згідно з абз. 2 п. 7 постанови ПВС від 23 грудня 2005 р. №1 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» «треба розрізняти зміну обстановки в широкому розумінні, тобто соціальних, економічних, політичних, духовних, міжнаціональних, воєнних, міжнародних, природних, організаційних, виробничих та інших процесів у масштабах країни, регіону, області, міста, району, підприємства, установи, організації, та у вузькому,– тобто об'єктивних (зовнішніх) умов життя, в яких перебувала особа на час вчинення злочину». Очевидно, що у випадках виконання суб'єктом декларування обов'язку, від виконання якого він ухилився раніше, не відбувається жодної зміни зовнішніх умов його життя ані в широкому, ані у вузькому сенсі;

2) від покарання – на підставах, передбачених частинами 4, 5 ст. 74, статтями 75, 79, 86. Зокрема, слід відмітити, що у судовій практиці вже мають місце випадки звільнення від покарання осіб, що вчинили злочин, передбачений ст. 366-1, на підставі Закону «Про амністію в 2016 році» (див., наприклад, вирок Краснолиманського міського суду Донецької області вироком від 12 червня 2018 р. в справі №236/6/18[1]).

Спеціальна конфіскація майна у разі вчинення злочину, передбаченого ст. 366-1 КК.

У разі вчинення злочину, передбаченого ст. 366-1, в принципі можливе застосування спеціальну конфіскацію майна в силу загального правила, передбаченого ч. 1 ст. 96-1, адже санкція ст. 366-1 передбачає покарання у виді позбавлення волі. Утім, слід враховувати, що об'єктом спеціальної конфіскації за жодних умов не може бути майно, яке винний не задекларував взагалі або не задекларував у повному обсязі, оскільки воно не є доходом, одержаним внаслідок вчинення злочину, передбаченого ст. 366-1, або предметом цього злочину, або засобом чи знаряддям його вчинення (пункти 1, 3, 4 ч. 1 ст. 96-2).

З огляду на ч. 1 ст. 96-3 вчинення злочину, передбаченого ст. 366-1, не є підставою для застосування **заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб**.

4.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 366-1 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

НАЗК відіграє одну з ключових ролей у виявленні фактів декларування недостовірної інформації через те, що пунктом 8 ч. 1 ст. 11 Закону «Про запобігання корупції» передбачене здійснення агентством в порядку, визначеному цим Законом, контролю та перевірки декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зберігання та оприлюднення таких декларацій, проведення моніторингу способу життя осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Однак, це не має означати, що правоохоронні органи не мають права перевіряти достовірність інформації, зазначеної у декларації суб'єкта господарювання.

У методичних рекомендаціях з розслідування незаконного збагачення, викладених у цій книзі, розглянута спірна позиція НАЗК щодо пріоритету повної перевірки декларації та висновків, викладених у рішенні НАЗК, щодо наявності в діях особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ознак порушень антикорупційного законодавства, зокрема, декларування недостовірної інформації та незаконного збагачення, над результатами самостійного виявлення правоохоронними органами фактів, вчинення таких протиправних діянь. Також згадувалось про невідповідність законодавству Роз'яснення НАЗК від 8 грудня 2017 р. №1375. Попри це Роз'яснення, по-перше, оперативні підрозділи, слідчі можуть самостійно виявляти факти декларування недостовірної інформації і для початку досудового розслідування достатньо одержаних ними даних, якщо вони містять ознаки складу злочину, передбаченого ст. 366-1, а, по-друге, слідчий після початку кримінального провадження може звернутися до НАЗК щодо проведення ним перевірки декларації суб'єкта декларування на предмет декларування завідомо недостовірних відомостей або умисного неподання декларації, результати якого у сукупності із зібраними доказами можуть бути використані для обґрунтування процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74683155

Для оцінки співробітником оперативного підрозділу, слідчим, прокурором відомостей про декларування недостовірної інформації базовими є нормативні приписи Розділу VII «Фінансовий контроль» Закону «Про запобігання корупції». Що до положень, викладених у формі відповідей на типові запитання, які наведені у Роз'ясненнях НАЗК щодо заповнення електронних декларацій, затверджених рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 11 серпня 2016 р. №3, то М.І. Хавронюк, аналізуючи юридичну силу роз'яснень НАЗК, правильно зазначає, що вони не є ні наказами, ні взагалі нормативно-правовими актами. Відповідно, ці та будь-які інші роз'яснення НАЗК мають оцінюватися на предмет їх відповідності законодавству, а не сприйматися як обов'язковий до виконання нормативно-правовий акт.

Однак, їх треба сприймати як висловлену у такій формі позицію агентства щодо заповнення декларацій, яка, безумовно, впливає на формування практики визначення суб'єктами декларування змісту відомостей, які вносяться ними у декларації, і на критерії, за якими здійснюється оцінка НАЗК дотримання суб'єктами декларування вимог Закону «Про запобігання корупції», які мають враховуватися слідчим, прокурором під час оцінки дій суб'єкта декларування на предмет наявності у них ознак злочину, передбаченого ст. 366-1.

Аналіз змісту роз'яснень НАЗК щодо заповнення електронних декларацій та слідчої практики призводить до виділення ряду положень, які в них містяться, що створюють умови для приховування суб'єктами декларування відомостей щодо їх реального майнового стану. До їх числа можна віднести визначення, що:

- об'єкти декларування (а саме: нерухомість, об'єкти незавершеного будівництва, цінне рухоме майно, транспортні засоби, цінні папери, корпоративні права, юридичні особи, кінцевим бенефіціарним власником (контролером) яких є суб'єкт декларування або члени його сім'ї, нематеріальні активи, грошові активи, фінансові зобов'язання, членство в громадських об'єднаннях або входження до їхніх органів) декларується відповідно до їх наявності станом на останній день звітного періоду, тобто, якщо зазначені об'єкти станом на 31 грудня попереднього року не перебувають у володінні, користуванні або власності суб'єкта декларування або членів його сім'ї, то вони не повинні відображатися в декларації, навіть якщо вони перебували на такому праві упродовж певного часу у звітному періоді (відповідь на питання 11 Роз'яснень). Таким чином, це дає підстави не наводити дані про, наприклад, об'єкти нерухомості, які були в оренді або щодо яких особа мала інше право користування протягом звітного року, але тільки по 30 грудня звітного року включно. Суб'єкти декларування з метою приховування факту користування нерухомим майном та одержання підстав для не наведення даних про нього у декларації можуть навіть документально оформити угоду про оренду цього майна строком дії до 30 грудня і потім з 01 січня наступного року щодо такої нерухомості переукласти угоду знов до 30 грудня. Коли слідчий, прокурор стикаються із подібними діями, то на фоні таких роз'яснень НАЗК довести умисне декларування недостовірної інформації є вкрай проблематичним, тому що суб'єкт декларування діяв згідно із роз'ясненнями НАЗК, хоча у тексті Закону «Про запобігання корупції» не має жодного нормативного припису, у якому інформація щодо користування майном має вноситися станом тільки на 31 грудня. Слід зазначити, що така позиція НАЗК обмежує і для самого агентства одержання інформації для контролю та моніторингу способу життя суб'єктів декларування, тому вона потребує корегування. Доведення факту умисного декларування недостовірної інформації у таких ситуаціях є можливим шляхом встановлення того, що правочин, за яким право користування майном реалізовувалося до 30 грудня року, був припинений фіктивно, а фактично таке користування мало місце 31 грудня звітного року та було продовжено й надалі;

- вартість об'єктів декларування, що перебувають у володінні чи користуванні суб'єкта декларування або члена його сім'ї, повинна вказуватися на дату набуття права власності на нього (як зазначено в документі, на підставі якого було набуто право власності) у грошовій одиниці України або на дату набуття майна у володіння чи користування, якщо не йдеться про власність. При цьому вартість об'єктів декларування, що перебувають у володінні чи користуванні суб'єкта декларування або члена його сім'ї, зазначається у випадку, якщо вона відома суб'єкту декларування або повинна була стати відомою внаслідок вчинення відповідного правочину. Агентство вказало, що якщо вартість таких об'єктів декларування суб'єкту декларування невідома і вона не може бути визначена на підставі правовстановлюючих документів, то при заповненні відповідного поля декларації про вартість майна слід обрати помітку «Не відомо». Те саме стосується поля декларації про вартість

майна за останньою грошовою оцінкою – якщо така оцінка не проводилась чи її результати невідомі суб'єкту декларування, при заповненні відповідного поля слід обрати помітку «Не відомо» (відповідь на питання 13 Роз'яснень). Реалізація цих рекомендацій на практиці призвела до того, що непоодинокими є випадки, коли у деклараціях, наприклад, вказуються недобудовані суб'єктом декларування чи членом його сім'ї об'єкти нерухомості, щодо яких зазначається, що вартість їх не відома. Хоча очевидно, що сума витрат на будівництво об'єкта нерухомості, яка й визначає його вартість станом на 31 грудня року, за який подається декларація, не може не бути невідомою для його власника. Одним із аргументів з боку сторони захисту на користь того, що декларування недостовірної інформації у таких випадках немає, є посилання на те, що НАЗК пов'язав визначення вартості об'єкта декларування із одним правочином, а при будівництві укладається низка правочинів з придбання будівельних матеріалів, здійснення проектувальних, будівельних та інших робіт.

Непоодинокими є випадки, коли суб'єкти декларування вказують у декларації майно, яке належить їм або членам їх сім'ї, не наводячи при цьому його вартість, зазначаючи, що вона їм не відома. Такі випадки мають виступати предметом дослідження з боку правоохоронних органів на предмет наявності у таких діях ознак не тільки неправдивого декларування, а й незаконного збагачення, тому що не може бути так, що, наприклад, суб'єкту декларування не відома вартість транспортного засобу, який йому належить та був придбаний у 2017 році. Слідчий, прокурор, співробітники оперативного підрозділу, одержавши дані про не задекларовані об'єкти, повинні спрямовувати свою діяльність на перевірку законності джерел набуття цього майна. Розслідування наведених фактів може вивести на виявлення ознак корупційних злочинів, неправомірна вигода від яких була використана для придбання задекларованого або прихованого від декларування майна.

Стаття 366-1 передбачає кримінальну відповідальність за вчинення двох діянь – подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом «Про запобігання корупції», та умисне неподання суб'єктом декларування такої декларації. Доказування вчинення суб'єктом декларування цих діянь має свою специфіку, яка обумовлена сутністю цих діянь, особливостями їх відображення, що впливає на зміст обставин, які підлягають доказуванню.

Так, **щодо доказування факту подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у його декларації, підлягає встановленню:**

- входження особи до числа тих, які зобов'язані відповідно до Закону «Про запобігання корупції» подавати декларацію;

- факт заповнення суб'єктом декларування декларації, внесеної до ЄДРД, у якій містяться недостовірні відомості (ідентифікаційні дані суб'єкта декларування та декларації, зокрема, час, дату, місце заповнення декларації);

- факт реального перебування протягом звітного періоду у володінні чи користуванні суб'єкта декларування або члена його сім'ї об'єкта декларування, щодо вартості якого внесені недостовірні відомості;

- наявність різниці між відомостями про вартість об'єктів декларування, які перелічені у частинах 1, 3 ст. 46 Закону «Про запобігання корупції», які наведені у декларації, та реальною вартістю цих об'єктів. Така різниця між цими відомостями по об'єкту декларування відповідно до абзацу другого примітки до ст. 366-1 має перевищувати суму у 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, встановлених на 1 січня звітного року;

- наявність у суб'єкта декларування до подання ним декларації відомостей про реальну вартість об'єкта декларування та причини умисного зменшення ним цієї вартості на суму понад 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, встановлених на 1 січня звітного року;

- не використання суб'єктом декларування до виявлення НАЗК або правоохоронним органом факту декларування недостовірної інформації можливості внесення виправлень до поданої ним декларації.

Щодо доказування факту умисного неподання суб'єктом декларування декларації підлягає встановленню:

- входження особи до числа тих, які зобов'язані відповідно до Закону «Про запобігання корупції» подавати декларацію;

- факт відсутності у ЄДРД щорічної декларації суб'єкта декларування після 01 квітня наступного

року та неподання декларації протягом десяти днів з дня одержання припису НАЗК про неподання декларації;

- відсутність підстав, передбачених у Законі «Про запобігання корупції», які дозволяють вносити щорічну декларацію суб'єкту декларування після 1 квітня наступного року. Якщо такі підстави існують, то підлягає встановленню факт невнесення декларації після завершення їх дії.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 366-1 КК, отримані з матеріалів повної перевірки НАЗК декларації суб'єкта декларування.

Результати повної перевірки декларації одержують відображення у відповідному обґрунтованому висновку, який затверджується рішенням НАЗК. Такий висновок є основним джерелом відомостей про факт декларування недостовірної інформації на початку досудового розслідування. З нього слідчий, прокурор можуть одержати відомості про прізвище, ім'я, по батькові суб'єкта декларування, назву посади та органу державної влади, органу місцевого самоврядування або юридичної особи публічного права, правових підстав проведення повної перевірки декларації, переліку інформації, яка використовувалася під час здійснення повної перевірки декларації, складових предмета перевірки, описання мотивування із посиланням на докази, положення закону, а також мотивів неврахування окремих доказів, якими НАЗК керувалося при формулюванні висновку за результатами здійснення повної перевірки декларації (п. 1 розділу IV Порядку проведення контролю та повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, затвердженого рішенням НАЗК №56 від 10.02.2017 р.).

Інформація, якою оперує НАЗК у своєму висновку як доказами, для досудового розслідування у контексті ч. 1 ст. 84 КПК статусу доказів не має. Щоб долучити у разі такої потреби до кримінального провадження матеріали повної перевірки НАЗК декларації слідчий може звернутися до агентства із запитом або, якщо матеріали містять охоронювану законом таємницю, – здійснити **тимчасовий доступ** до документів, які містяться у матеріалах повної перевірки декларації суб'єкта декларування. Такі дії сприяють суттєвій процесуальній економії строків розслідування, тому що під час повної перевірки декларації, яка може тривати до 90 календарних днів, НАЗК збирає відомості:

- з реєстрів, баз даних, інших інформаційно-телекомунікаційних систем державних органів, органів місцевого самоврядування, а також відомості з реєстрів, баз даних іноземних держав, що можуть містити інформацію, яка має відображатись у декларації;

- надані суб'єктом декларування, стосовно якого проводиться перевірка, з власної ініціативи чи за запитом НАЗК щодо документального підтвердження або пояснення зазначених у декларації відомостей;

- що надходять (отримані) від державних органів, органів місцевого самоврядування, суб'єктів господарювання незалежно від форми власності та їх посадових осіб, громадян та їх об'єднань, а також від державних та інших компетентних органів влади іноземних держав;

- із засобів масової інформації, мережі Інтернет, які стосуються конкретного суб'єкта декларування та містять фактичні дані, що можуть бути перевірені;

- про результати проведення експертизи щодо оцінки вартості об'єктів декларування.

Якщо у НАЗК за результатами повної перевірки немає оригіналів документів, що підтверджують статус особи як службової та такої, що зобов'язана заповнювати електронну декларацію, право володіння чи іншого користування об'єктами декларування, його вартість, то слідчому необхідно одержати дозволи на тимчасовий доступ до таких документів з їх виїмкою, а за відсутності й звернутися із **запитами до відповідних реєстрів** щодо одержання з них відомостей про об'єкти декларування[1].

У випадках, коли суб'єкт декларування не вказав у декларації об'єкт декларування, а його оцінка не проводилася, необхідно призначити залежно від виду майна товарознавчу, автотоварознавчу, оціночно-будівельну, оціночно-земельну, об'єктів інтелектуальної власності, мистецтвознавчу **експертизи.** Для забезпечення проведення таких експертиз попередньо має бути здійснено **огляд майна,** майно вилучається та на нього має бути накладений **арешт.** За наявності для цього підстав

---

[1] Такий перелік реєстрів наведено в підрозділі щодо методики розслідування злочинів, передбачених ст. 368-2 КК.

вилучення майна може бути здійснене проведенням **тимчасового доступу** до речей і документів або обшуку.

Після одержання доказів декларування недостовірної інформації особі, яка є суб'єктом декларування, **повідомляється про підозру,** приймається рішення щодо обрання їй запобіжного заходу та вона допитується як підозрюваний. Під час такого **допиту** підлягають з'ясуванню питання щодо:

- дати призначення на посаду та її статусу, як особи, яка відповідно до частин 1 або 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» зобов'язана подавати декларацію;

- розуміння сутності вимог Закону «Про запобігання корупції» щодо фінансового контролю, а саме відображати повну та достовірну інформацію в усіх розділах щорічної декларації про доходи;

- обставин, за яких суб'єкта декларування знав (не міг не знати) про перебування у його володінні, користуванні, власності або членів його сім'ї об'єктів, відомості про які він зобов'язаний був внести у декларацію, а також про їх реальну (оціночну) вартість та джерела походження цих об'єктів декларування;

- часу, дати та місця заповнення суб'єктом декларування електронної декларації, причин внесення у декларацію недостовірних відомостей щодо об'єктів, які підлягають декларуванню.

Якщо здійснюється розслідування умисного неподання суб'єктом декларування декларації у такій ситуації, то для повідомлення йому про підозру необхідно спиратися не тільки на матеріали одержані від НАЗК. Тимчасовим доступом до документів органів, установ державної влади, місцевого самоврядування, де працює суб'єкт декларування, вилучаються документи щодо його призначення на посаду, які містять відомості про підстави не поширення на особу дії розділу VII Закону «Про запобігання корупції», які наведені у ч. 5 ст. 45 цього закону, та строк їх дії, приписи НАЗК, у яких керівництво органу, установи повідомлено про неподання декларації суб'єктом декларування, та документи, у яких містяться дані про його ознайомлення з приписом НАЗК щодо подання у встановлений законом строк щорічної декларації. Допитуються у якості свідків з цих питань керівники та службові особи, які відповідають за дотримання антикорупційного законодавства у цих органах, установах.

Під час допиту підозрюваного з'ясуванню підлягають питання щодо:

- дати призначення на посаду та її статусу, як особи, яка відповідно до частин 1 або 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» зобов'язана подавати декларацію;

- розуміння сутності вимог Закону «Про запобігання корупції» щодо фінансового контролю, а саме щодо обов'язку подавати у встановлені цим законом строки щорічну декларацію;

- наявності обставин, передбачених у Законі «Про запобігання корупції», які дають підстави для відстрочки подання щорічної декларації, тривалості та моменту припинення дії цих обставин;

- причин не подання у встановлені Законом «Про запобігання корупції» строки щорічної декларації, зокрема, після припису НАЗК.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 366-1 КК, отримані в результаті виявлення та розслідування корупційних злочинів.

Під час досудового розслідування інших корупційних злочинів можуть бути встановлені факти володіння, користування або перебування у власності суб'єкта декларування, членів його сім'ї майна, яке згідно із вимогами Закону «Про запобігання корупції» підлягає декларуванню, однак, не було внесене у декларацію або одержані відомості, що реальна вартість майна у порівнянні із внесеною у декларацію перевищує суму у 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, встановлених на 1 січня звітного року.

При наявності у діях службової особи, яка відповідно до частин 1, 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» зобов'язана подавати декларацію, ознак злочину, передбаченого ст. 366-1, відомості щодо неї вносяться до ЄРДР. Кримінальні провадження щодо корупційного злочину та декларування недостовірної інформації об'єднуються. В рамках такого провадження слідчим здійснюються процесуальні дії, спрямовані на одержання доказів внесення суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей щодо об'єктів декларування, описані для першої слідчої ситуації.

3. *Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 366-1 КК, отримані в результаті розповсюдження через засоби масової інформації даних вивчення матеріального становища та витрат особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, їх*

родичів громадськими організаціями, окремими громадськими активістами, журналістами або їх звернень до правоохоронного органу.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР підлягають допиту як свідка особа, яка повідомила про вчинений злочин, щодо відомих їй обставин вчинення протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 366-1, щодо джерел, з яких їй про це стало відомо, проведеного нею дослідження матеріального становища та витрат особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, їх родичів, реальної вартості задекларованого майна, а також місцезнаходження документів, які підтверджують її показання.

Документи, наявні у особи або у інших осіб, на які свідок вказав як на першоджерела одержаних ним відомостей та документів, проведенням тимчасового доступу мають бути вилучені. Особи, які надали свідку документи, мають бути допитані як свідки щодо змісту та походження цих документів.

Оптимальним для з'ясування наявності ознак злочину, передбаченого ст. 366-1, у цій слідчій ситуації є здійснення перевірки декларації слідчим самостійно і шляхом звернення до НАЗК. В цілому алгоритм дій слідчого щодо встановлення факту декларування недостовірних відомостей у декларації відповідає прикладам, описаним щодо першої слідчої ситуації, характерної для досудового розслідування цих злочинів.

Розділ 5.

ІНШІ ЗЛОЧИНИ, ПІДСЛІДНІ НАЦІОНАЛЬНОМУ АНТИКОРУПЦІЙНОМУ БЮРО УКРАЇНІ «ЗА ЗВ'ЯЗКОМ ПРОВАДЖЕНЬ»

Загальні положення до розділу *(Д. Калмиков)*

У цьому розділі викладено результати аналізу складів злочинів, передбачених статтями 209-1, 384–387, 396, та практики їх застосування органами досудового розслідування і судами.

Особливість цих злочинів полягає в тому, що вони певним чином пов'язані з учиненням якихось інших злочинів чи процедурою їх розслідування або розгляду.

Так, приписами ст. 396 передбачено кримінальну відповідальність за злочин, зміст якого полягає у заздалегідь не обіцяному приховуванні іншого тяжкого чи особливо тяжкого злочину. Статтями 384–387 передбачено кримінальну відповідальність за низку кримінально караних діянь, вчинення яких заважає нормальній діяльності органів досудового розслідування, суду та деяких інших інституцій під час забезпечення об'єктивного та неупередженого розслідування правопорушень, а також забезпечення правосуддя у різних справах (у т.ч. правосуддя в кримінальних провадженнях). Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209-1), заважає успішній реалізації приписів ст. 209, а остання передбачає кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, якій завжди передує так званий «предикатний» злочин.

Оскільки зазначені вище злочини так чи інакше пов'язані з якимось іншим злочином, який нерідко вже є предметом розпочатого досудового розслідування, то цілком логічно, що їхнє розслідування мав би забезпечувати той самий орган, що здійснює досудове розслідування «первинного» злочину (злочину, у зв'язку з яким було вчинено новий злочин).

Саме тому у частинах 7 і 9 ст. 216 КПК закріплено правило, згідно з яким у кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених статтями 209, 209-1 (крім випадків, коли ці злочини віднесено до підслідності НАБ), а також статтями 384, 385, 386, 387, 388, 396, досудове розслідування здійснюється слідчим (детективом) того органу, до підслідності якого належить злочин, у зв'язку з яким почато досудове розслідування. Такий підхід, як видається, дозволяє не лише суттєво оптимізувати роботу цих органів, а й забезпечити більш оперативне та ефективне досудове розслідування «нового» злочину.

Якщо ж ці злочини вчиняються у зв'язку з попередньо вчиненим корупційним злочином чи злочином, пов'язаним з корупцією, то їх досудове розслідування має забезпечувати слідчий (детектив) того органу досудового розслідування, який почав досудове розслідування такого злочину (у т.ч. НАБ і ДБР).

5.1. Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму (ст. 209-1 КК) *(О. Дудоров)*

Ознаки складу злочину.

У ст. 209-1 описуються два склади злочину.

Обов'язковими ознаками складу злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті, є:

1) предмет – інформація про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу;

2) діяння (дія чи бездіяльність) – неподання або несвоєчасне подання Спеціально уповноваженому

органу виконавчої влади зі спеціальним статусом з питань фінансового моніторингу[1] вказаної інформації, а так само подання цьому органу недостовірної інформації про відповідні операції;

3) наслідки – істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб;

4) причиновий зв'язок між діянням і наслідками;

5) спеціальний суб'єкт – це, за загальним правилом, призначений суб'єктом первинного фінансового моніторингу працівник, який є відповідальним за проведення фінансового моніторингу;

6) вина у формі умислу.

Що ж стосується складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1, то його обов'язковими ознаками є:

1) предмет – інформація, яка відповідно до закону подається Спеціально уповноваженому органу;

2) діяння (дія чи бездіяльність) – розголошення інформації, яка надається ДСФМ;

3) наслідки – істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб;

4) причиновий зв'язок між діянням і наслідками;

5) спеціальний суб'єкт – особа, якій відповідна інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю;

6) вина у формі умислу.

Предмет злочину.

Визначаючи предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1, слід мати на увазі, що суб'єкт первинного фінансового моніторингу, серед іншого, зобов'язаний повідомляти ДСФМ про: а) фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу; б) фінансові операції, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо є підстави вважати, що вони пов'язані зі злочином, визначеним КК; в) фінансові операції, стосовно яких є підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму чи фінансування розповсюдження ЗМЗ.

Фінансова операція підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу у разі, якщо сума, на яку вона здійснюється, дорівнює чи перевищує 150 тис. грн. (для суб'єктів господарювання, які проводять лотереї, – 30 тис. грн.) або дорівнює чи перевищує суму в іноземній валюті, банківських металах, інших активах, еквівалентну 150 тис. грн., та має одну або більше ознак, визначених законом.

Фінансова операція підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо у суб'єкта первинного фінансового моніторингу виникають відповідні підозри, які ґрунтуються, зокрема, на: а) критеріях ризиків, визначених самостійно суб'єктом первинного фінансового моніторингу з урахуванням критеріїв ризиків, встановлених уповноваженим органом[2]; б) встановленні за результатами проведеного аналізу факту (фактів) невідповідності фінансової (фінансових) операції (операцій) фінансовому стану та/або змісту діяльності клієнта; в) відповідних типологічних дослідженнях, підготовлених та оприлюднених Спеціально уповноваженим органом[3].

Згідно із законом суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний надавати Спеціально уповноваженому органу й іншу інформацію, зокрема: а) додаткову інформацію, що може бути пов'язана з фінансуванням тероризму чи фінансуванням розповсюдження ЗМЗ, а також інформацію,

---

[1] Далі у цьому коментарі – Спеціально уповноважений орган або ДСФМ.

Положення про Державну службу фінансового моніторингу України затв. постановою КМ №537 від 29.07.2015 р. Порядок виявлення, реєстрації і подання Спеціально уповноваженому органу інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, іншої інформації, що може бути пов'язана з відмиванням, фінансуванням тероризму чи фінансуванням розповсюдження зброї масового знищення (далі в цьому коментарі – ЗМЗ), встановлюється уповноваженими органами. Так, Положення про здійснення банками фінансового моніторингу затв. постановою КМ №417 від 26.06.2015 р., Положення про здійснення фінансового моніторингу професійними учасниками ринку цінних паперів – рішенням НКЦПФР №995 від 19.07.2012 р., Положення про здійснення фінансового моніторингу суб'єктами первинного фінансового моніторингу, державне регулювання та нагляд за діяльністю яких здійснює Міністерство юстиції України, – наказом МЮ №999/5 від 18.06.2015 р., Положення про здійснення фінансового моніторингу суб'єктами первинного фінансового моніторингу, державне регулювання і нагляд за діяльністю яких здійснює Державна служба фінансового моніторингу України, – наказом МФ №662 від 23.07.2015 р.

[2] Критерії ризику легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення затв. наказом МФ №584 від 8.07.2016.

[3] Докладніше про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, див.: Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» / Чубенко А.Г., Лошицький М.В., Бичкова С.С., Котляревський Я.В. К.: Ваіте, 2015. С. 503–548 (http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2017/20170113/Komentar.pdf).

яка може бути пов'язана із зупиненням фінансової операції (фінансових операцій); б) інформацію щодо відстеження (моніторингу) фінансових операцій клієнта, операції якого стали об'єктом фінансового моніторингу.

Однак така інша інформація не є предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1. Неподання на запит Спеціально уповноваженого органу або несвоєчасне подання інформації, пов'язаної з аналізом фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового моніторингу, визнається адміністративним проступком (ч. 2 ст. 166-9 КАП). Висновок про відсутність складу розглядуваного злочину слід робити й у випадку невиконання суб'єктом первинного фінансового моніторингу обов'язку у разі виявлення особи клієнта, яку включено до переліку осіб, пов'язаних із провадженням терористичної діяльності або стосовно яких застосовано міжнародні санкції, негайно повідомити Спеціально уповноваженому органу про таку особу. Неподання такої інформації є адміністративним проступком (ч. 1 ст. 166-9 КАП).

З погляду кваліфікації за ч. 2 ст. 209-1 інформація може стосуватись не лише фінансових операцій, які підлягають фінансового моніторингу, та яку надають суб'єкти первинного фінансового моніторингу. Це може бути будь-яка інформація, що надається Спеціально уповноваженому органу і необхідна для виконання покладених на нього завдань. Така інформація має обмежений доступ. Причому це може бути як інформація, яка вже надана Спеціально уповноваженому органу, так й інформація, яка ще не надавалась, але має бути надана ДСФМ. Водночас порушення таємниці фінансового моніторингу у вигляді розголошення не самого змісту інформації, наданої Спеціально уповноваженому органу, а лише факту надання такої інформації тягне за собою не кримінальну (ч. 2 ст. 209-1), а адміністративну відповідальність (ч. 3 ст. 166-9 КАП)[1].

Об'єктивна сторона злочину.

Неподання інформації з погляду кваліфікації за ч. 1 ст. 209-1 означає, що особа, володіючи потрібною інформацією та маючи змогу виконати покладений на неї обов'язок, умисно цього не зробила. Склад розглядуваного злочину потрібно вбачати як у випадку, коли особа відкрито відмовлялась виконати вимогу закону, так і тоді, коли вона фактично не подала до ДСФМ належну інформацію, а також у тому разі, коли надавалась лише частина інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу.

Враховуючи бланкетний характер диспозиції ч. 1 ст. 209-1, неподання інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, слід пов'язувати не лише з бездіяльністю суб'єкта злочину, а й з фактом відсутності належним чином оформленого повідомлення на обліку у Спеціально уповноваженому органі незалежно від того, чи намагався суб'єкт первинного фінансового моніторингу довести до відома цього органу відповідну інформацію. Так, неподання відповідної інформації має місце і тоді, коли суб'єкт первинного фінансового моніторингу вперше або вдруге подав неналежним чином оформлене повідомлення, в результаті чого інформація про фінансову операцію не була взята на облік ДСФМ.

Несвоєчасне подання інформації означає подання її з порушенням часових вимог, установлених законом.

Так, суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний повідомляти Спеціально уповноваженому органу про фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, протягом трьох робочих днів з дня їх реєстрації або спроби їх проведення (це здійснення клієнтом чи особою, яка діє від його імені або в його інтересах, дій, спрямованих на проведення фінансової операції, якщо така фінансова операція не була проведена з ініціативи клієнта). Таким чином, не лише реєстрація фінансової операції виступає тією обставиною, яка зумовлює виникнення відносин інформаційного обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом. Однак якщо фінансова операція була проведена, то строк, протягом якого суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний надати інформацію про фінансові операції, які підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, починає обчислюватися лише з моменту реєстрації відповідних операцій.

---

[1] У цій адміністративно-правовій нормі, на відміну від ч. 2 ст. 209-1, чітко розмежовано два види розголошення певної інформації: а) інформації, що є об'єктом обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та Спеціально уповноваженим органом; б) факту її подання (одержання) особою. До того ж відомості про сам факт подання інформації Спеціально уповноваженому органу останньому не надаються.

Якщо є підозра стосовно того, що фінансова операція, яка підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу, пов'язана зі вченням злочину, то суб'єкт первинного моніторингу зобов'язаний повідомити Спеціально уповноважений орган про таку операцію в день виникнення підозри або достатніх підстав для підозри, або спроби проведення фінансової операції, але не пізніше наступного робочого дня з дня реєстрації такої фінансової операції. Обставиною, яка в цьому разі зумовлює виникнення відносин інформаційного обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та ДСФМ, є відповідна підозра. Момент її виникнення може як збігатися, так і не збігатися з моментом проведення фінансової операції.

Під ***поданням недостовірної інформації*** треба розуміти подання Спеціально уповноваженому органу неправдивих відомостей, тобто відомостей, які повністю або частково не відповідають дійсності і здатні ввести адресата в оману. Наприклад, це можуть бути відомості стосовно характеру фінансової операції та її суб'єктного складу (до учасників фінансової операції закон відносить клієнта, контрагента, а також осіб, які діють від їх імені або в їх інтересах, а так само осіб, від імені або в інтересах яких діють клієнт чи контрагент). Наявність такої дії, як подання недостовірної інформації, слід пов'язувати з моментом сприйняття Спеціально уповноваженим органом такої інформації, а саме з моментом взяття її на облік шляхом внесення до відповідної інформаційної системи[1].

Розголошення інформації з погляду кваліфікації за ч. 2 ст. 209-1 означає, що особа, якій відповідна інформація стала відома у зв'язку з її професійною або службовою діяльністю, ознайомила з нею сторонніх осіб або своєю поведінкою створила умови, які надають можливість стороннім особам ознайомитися з інформацією, яка подається Спеціально уповноваженому органу, що призвело до доведення інформації до відома хоча б однієї сторонньої особи. Застереження КК щодо розголошення ***у будь-якому вигляді*** означає, що способи розголошення певної інформації (усно, письмово, із застосуванням засобів зв'язку, передача документів, повідомлення у ЗМІ, наукових статтях, виступах тощо) можуть бути різними і на кваліфікацію за ч. 2 ст. 209-1 не впливають. Водночас не утворюють складу розглядуваного злочину випадки правомірного ознайомлення з відповідною інформацією[2].

Злочин, передбачений як ч. 1 ст. 209-1, так і ч. 2 цієї статті, визнається *закінченим* з моменту заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб (матеріальні склади). ***Істотною шкодою*** (оціночне поняття)[3] може бути визнане, наприклад, невикриття (уникнення від кримінальної відповідальності) особи, яка вчинила відмивання, фінансування тероризму, фінансування розповсюдження ЗМЗ або інший злочин, розголошення персональних даних фізичної особи, шкода суб'єкту первинного фінансового моніторингу як наслідок накладення на нього штрафу за порушення вимог антилегалізаційного законодавства, розірвання господарських зв'язків із контрагентами, анулювання ліцензії або іншого спеціального дозволу на право провадження суб'єктом первинного фінансового моніторингу певних видів діяльності. Якщо відповідне діяння не заподіяло істотну шкоду, то вчинене тягне адміністративну відповідальність (ч. 2, ч. 3 ст. 166-9 КАП).

Не поєднане із заподіянням істотної шкоди умисне подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, Спеціально уповноваженому органу, одночасно підпадає під ознаки складу злочину, передбаченого ч. 4 ст. 358 (у формі використання завідомо підробленого документа), та складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 166-9 КАП (у формі подання Спеціально уповноваженому

---

[1] Положення про Єдину державну інформаційну систему у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення затв. постановою КМ №299 від 14.05.2015 р.

[2] Так, Спеціально уповноважений орган у разі наявності достатніх підстав вважати, що фінансова операція або сукупність пов'язаних між собою фінансових операцій можуть бути пов'язані з відмиванням, фінансуванням тероризму чи фінансуванням розповсюдження ЗМЗ подає до правоохоронних органів, уповноважених приймати рішення згідно з КПК а також розвідувальних органів України для проведення ОРД відповідні узагальнені матеріали та одержує від них інформацію про хід їх розгляду. Спеціально уповноважений орган має діяти так само за наявності достатніх підстав підозрювати, що фінансова операція або клієнт пов'язані з вчиненням злочину, що не стосується відмивання, фінансування тероризму або фінансування розповсюдження ЗМЗ.

[3] Експерти РЄ висловлюють небезпідставне занепокоєння у зв'язку з оціночним характером вказаної ознаки: «Не визначено, як ця концепція заподіяної шкоди буде інтерпретована владою та судами» (Заходи щодо боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. Україна. Звіт за результатами п'ятого раунду взаємної оцінки. Підготовлений Комітететом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL). Грудень 2017 року. С. 345 (http://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2018/03/zvit_ukr.pdf).

органу недостовірної інформації). З урахуванням ч. 2 ст. 9 КАП пріоритет при подоланні цієї колізії повинна мати кримінально-правова заборона.

Якщо наслідки були завдані через те, що була розголошена саме інформація, яка надається Спеціально уповноваженому органу, то незалежно від того, чи є така інформація одночасно комерційною або банківською таємницею, або інсайдерською інформацією, дії винуватого слід кваліфікувати лише за ч. 2 ст. 209-1.

Суб'єкт злочину.

За вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1, за загальним правилом, може нести відповідальність призначений суб'єктом первинного фінансового моніторингу[1] працівник, який є відповідальним за проведення фінансового моніторингу. Адже саме до його повноважень віднесено, зокрема, забезпечення повідомлення Спеціально уповноваженого органу про фінансові операції, що підлягають обов'язковому та/або внутрішньому фінансовому моніторингу, про фінансові операції осіб, якщо є достатні підстави вважати, що їх діяльність або активи пов'язані із вчиненням злочину. Суб'єктом злочину може бути й особа, на яку у встановленому порядку покладаються обов'язки відповідального працівника на час відсутності останнього (відпустка, відрядження, хвороба тощо).

Керівник суб'єкта первинного фінансового моніторингу зобов'язаний сприяти виконанню відповідальним працівником своїх функцій. Відповідальність за неналежну організацію додержання вимог регулятивного законодавства, а також за неналежну організацію внутрішньої системи суб'єкта первинного фінансового моніторингу щодо запобігання та протидії відмиванню і фінансуванню тероризму несе керівник суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Невиконання або неналежне виконання зазначених обов'язків за наявності підстав може кваліфікуватись за нормами розділу XVII Особливої частини КК. Якщо особою, відповідальною за проведення фінансового моніторингу, призначено керівника суб'єкта первинного фінансового моніторингу, то саме ця службова особа і має нести відповідальність за ч. 1 ст. 209-1.

Висновок про визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1, слід робити і щодо спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу, які провадять свою діяльність одноособово, без утворення юридичної особи, які самостійно надають відповідну інформацію Спеціально уповноваженому органу і в яких відповідальний працівник не призначається. Це: а) суб'єкти підприємницької діяльності, які надають посередницькі послуги під час здійснення операцій з купівлі-продажу нерухомого майна; б) суб'єкти господарювання, які здійснюють торгівлю за готівку дорогоцінними металами і дорогоцінним камінням та виробами з них; в) суб'єкти господарювання, які проводять лотереї; г) нотаріуси, адвокати, адвокатські бюро та об'єднання, аудитори, аудиторські фірми, суб'єкти господарювання, що надають послуги з бухгалтерського обліку, суб'єкти господарювання, що надають юридичні послуги (крім осіб, що надають послуги в рамках трудових правовідносин)[2].

За ч. 1 ст. 209-1 можуть нести відповідальність і ті працівники, які є відповідальними за проведення фінансового моніторингу у відокремлених підрозділах суб'єктів первинного фінансового моніторингу, розташованих у державах, у яких рекомендації FATF не застосовуються або застосовуються недостатньою мірою, в межах, визначених законодавством такої держави.

Водночас суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1, не визнаються працівники державних органів, а також суб'єктів господарювання, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності, що не є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, які всупереч вимогам закону або вимогам Спеціально уповноваженого органу не надають цьому органу інформацію про певні фінансові операції (наприклад, про операції, стосовно яких є підозра, що вони пов'язані з відмиванням або фінансуванням тероризму). Така поведінка за наявності підстав може розцінюватись як той чи інший злочин у сфері службової діяльності.

До осіб, які можуть нести відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-

---

[1] Перелік осіб, які є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, наводиться у регулятивному законодавстві: це – банки, страховики, страхові брокери, кредитні спілки, ломбарди та інші фінансові установи; платіжні організації, учасники чи члени платіжних систем; товарні та інші біржі, що проводять фінансові операції з товарами; професійні учасники фондового ринку тощо.

[2] При цьому не можна вести мову про кримінальну відповідальність спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу за неподання, несвоєчасне подання або перекручення інформації про фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, адже вказані суб'єкти звільнені від обов'язку подавати інформацію про такі фінансові операції.

1, передусім належать працівники суб'єктів первинного фінансового моніторингу, яким певні відомості стають відомі, зважаючи на виконувані по службі обов'язки. При цьому не має значення та обставина, чи мають такі працівники офіційний доступ до документів, які уособлюють інформацію, що надається Спеціально уповноваженому органу. За ч. 2 ст. 209-1 також можуть кваліфікуватись діяння працівників ДСФМ, працівників інших суб'єктів державного фінансового моніторингу (НБ, МФ, НКЦПФР, МЮ тощо), співробітників правоохоронних органів, які в установленому порядку отримали відповідну інформацію від ДСФМ, а також працівників суб'єктів господарювання, підприємств, установ, організацій та органів державної влади, які не є суб'єктами первинного і державного моніторингу, але яким відповідна інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю.

Суб'єктивна сторона злочину.

З назви коментованої статті випливає, що законодавець розглядає діяння, передбачені її ч. 1 і ч. 2, як різновиди саме умисного порушення вимог антилегалізаційного законодавства. Вчинення діянь, зазначених у цих кримінально-правових нормах, із необережності має тягнути адміністративну відповідальність (ст. 166-9 КАП), а за наявності підстав може розцінюватись як службова недбалість (ст. 367).

Якщо особа вчиняє злочин, передбачений ч. 1 ст. 209-1, з метою вчинюваного іншою особою відмивання, то її діяння слід розглядати як пособництво і кваліфікувати не лише за ч. 1 ст. 209-1, а й за ч. 5 ст. 27 та відповідною частиною ст. 209.

Звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання особи, яка вчинила злочин, передбачений ст. 209-1 КК.

Особу, яка вчинила злочин, передбачений ч. 2 ст. 209-1 (злочини середньої тяжкості), може бути **звільнено від кримінальної відповідальності** у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47), у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48), а також **від покарання та його відбування** – на підставах, передбачених ч. 4 ст. 74, статтями 75, 79. Особу, яка вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 209-1 (злочин невеликої тяжкості), може бути звільнено від кримінальної відповідальності також у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45), однак до такої особи не застосовуються статті 75, 79.

Особа, яка вчинила умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму, звільняється від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Ці строки становлять: два роки (у випадку вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209-1); п'ять років (у випадку вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 209-1). Особа, яка вчинила розглядуваний злочин, звільняється від покарання на підставі ч. 5 ст. 74, а також за амністією (ст. 86).

У випадку вчинення злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 209-1, відповідно до ст. 96-1 і ст. 96-2 застосовується **спеціальна конфіскація.**

Вчинення злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 209-1, не визнається підставою для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру. Водночас слід мати на увазі, що реалізація кримінальної відповідальності на підставі ч. 1 ст. 209-1 не виключає застосування до суб'єкта первинного фінансового моніторингу штрафу за неподання, несвоєчасне подання, порушення порядку подання або подання Спеціально уповноваженому органу недостовірної інформації у випадках, передбачених законодавством[1].

5.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 209-1 КК
(В. Луцик)

Загальні положення. Відповідно до ч. 1 ст. 24 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», особи, винні в порушенні вимог цього Закону та/або нормативно-правових актів, що регулюють діяльність у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансували тероризм чи розповсюдження

[1] Стаття 24 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14.10.2014 р.

зброї масового знищення, несуть кримінальну, адміністративну та цивільно-правову відповідальність згідно із законом.

КК у ст. 209-1 закріпив відповідальність суб'єктів первинного фінансового моніторингу за умисне неподання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, а також розголошення у будь-якому вигляді цієї інформації.

Джерелами інформації про вчинення цього злочину є повідомлення, що надходять від контролюючих органів, ревізійних комісій банківських установ, матеріали перевірок і ревізій суб'єктів первинного фінансового моніторингу, і як основне джерело матеріали Державної служби фінансового моніторингу України.

Зокрема, за 2018 рік Держфінмоніторингом підготовлено 934 матеріали (з них 466 узагальнених матеріалів та 468 додаткових узагальнених матеріалів), які направлено до:

- органів прокуратури – 159 матеріалів (з них 40 узагальнених матеріалів та 119 додаткових узагальнених матеріалів);
- Державної фіскальної служби України – 190 матеріалів (з них 157 узагальнених матеріали та 33 додаткових узагальнених матеріалів);
- органів внутрішніх справ – 106 матеріалів (з них 85 узагальнений матеріал та 21 додаткових узагальнених матеріалів);
- СБ – 178 матеріали (з них 97 узагальнених матеріалів та 81 додаткових узагальнених матеріалів);
- НАБ – 300 матеріалів (з них 86 узагальнених матеріалів та 214 додаткових узагальнених матеріалів);
- розвідувальних органів – 1 узагальнений матеріал.

У цих матеріалах сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією коштів, та з учиненням іншого злочину, визначеного КК, становить 347,4 млрд. грн[1].

Розглянемо типові ситуації, які виникають під час розслідування умисного порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Має місце умисне неподання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу.

Після отримання цих матеріалів слідчий має провести **допит** осіб, які проводили перевірку чи ревізію, під час якого встановити:

- яке саме порушення мало місце (неподання, несвоєчасне подання, подання недостовірної інформації Державній службі фінансового моніторингу України);
- хто був відповідальним за подання цієї інформації;
- інформація про які саме фінансові операції була предметом злочину (фінансові операції, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу; фінансові операції, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо є достатні підстави підозрювати, що вони пов'язані з легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом; фінансові операції, стосовно яких є підстави підозрювати, що вони пов'язані, стосуються або призначені для фінансування тероризму чи фінансування розповсюдження зброї масового знищення);
- яка істотна шкода заподіяна охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб та її розмір.

Після встановлення обставин вчинення злочину необхідно провести **обшук** або отримати тимчасовий доступ до речей та документів у суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Під час проведення цих процесуальних дій необхідно вилучати лише ті документи, які свідчать про неподання, несвоєчасне подання, подання недостовірної інформації Державній службі фінансового моніторингу України, не порушуючи при цьому таємницю, яка охороняється законом, оскільки до суб'єктів фінансового моніторингу належать також нотаріуси і адвокати.

Обов'язковому вилученню підлягають документи про призначення особи відповідальною

---

[1] Інформування про результати роботи Держфінмоніторингу за 2018 рік // http://www.sdfm.gov.ua/news.php?news_id=3774&lang=uk.

за проведення фінансового моніторингу на підприємстві. При цьому варто враховувати факт, що особою, відповідальною за проведення фінансового моніторингу, може призначатися керівник суб'єкта первинного фінансового моніторингу, якщо на підприємстві не було призначено спеціальну особу. В такому випадку з метою встановлення особи, відповідальної за проведення фінансового моніторингу, вилученню підлягають посадові інструкції та установчі документи підприємства. Також слід вилучати документи про перебування (на момент вчинення діяння) відповідальної особи у відпустці, відрядженні, лікарняному тощо, оскільки в цьому випадку її обов'язки виконувала інша особа, яка і має відповідати за вчинені дії чи бездіяльність.

У разі встановлення особи, яка могла вчинити злочин, прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить її **допит.** В ході допиту необхідно встановити:

- з якого моменту особа займає посаду відповідальної за проведення фінансового моніторингу;
- що входить до її функціональних обов'язків;
- з яких причин було не подано, несвоєчасно подано або подано недостовірну інформацію Державній службі фінансового моніторингу України;
- в яких стосунках підозрюваний перебуває з особами, щодо операцій яких було не подано, несвоєчасно подано або подано недостовірну інформацію.

Після проведення вказаних дій слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

2. Має місце розголошення інформації, яка надається спеціально уповноваженому центральному органу з питань фінансового моніторингу.

У цій слідчій ситуації потрібно враховувати, що суб'єктом злочину є особа, якій інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю. До таких осіб передусім належать працівники суб'єктів первинного фінансового моніторингу, яким певні відомості стають відомі, зважаючи на виконувані по службі обов'язки, а також працівники Спеціально уповноваженого органу, співробітники правоохоронних органів, які в установленому порядку отримали відповідну інформацію від Спеціального уповноваженого органу, працівники суб'єктів державного фінансового моніторингу – НБУ, МЮ тощо, а також працівники суб'єктів господарювання, підприємств, установ, організацій та органів державної влади, які не суб'єктами первинного і державного моніторингу, але яким відповідна інформація стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю.

Після надходження заяви про розголошення інформації слідчий зобов'язаний внести відомості в ЄРДР та встановити, хто і в якому обсязі володів цією інформацію і міг її розголосити.

Наступними слідчими діями у цій категорії справ є допит осіб, які були ознайомлені з інформацією, яка розголошена, з метою встановлення їх причетності до розголошення інформації. Під час **допитів** необхідно встановити:

- чи розголошувалась особою інформація;
- кому особа повідомила цю інформацію;
- чи здійснювався на особу тиск, щодо розголошення інформації;
- чи пропонувалася винагорода за розголошення.

Подальшою процесуальною дією у цій категорії справ може бути **тимчасовий доступ** до речей і документів (якщо розголошення інформації відбулось за допомогою телефонного зв'язку) з метою отримання інформації, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у т.ч. отримання послуг, їх тривалість і зміст. Також в режимі тимчасового доступу доцільно отримувати інформацію про посадові обов'язки особи, рівні доступу до інформації тощо.

Після проведення вказаних слідчих дій прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру, у якому чітко має бути зазначено, яка саме інформація нею була розголошена.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

5.3. Введення в оману суду або іншого уповноваженого органу (ст. 384 КК) *(О. Житний)*

Обов'язкові ознаки злочину, передбаченого ст. 384 КК.

Обов'язковими ознаками цього злочину є:

1) предмет – інформація, яка міститься у показанні свідка, потерпілого, висновку експерта, звіті оцінювача про оцінку майна, перекладі, а також докази;

2) діяння (дія) – неправдиве показання свідка чи потерпілого, складання експертом неправдивого висновку, надання неправдивих показань або висновку суду чи іншому уповноваженому органу, подання їм доказів (недостовірних чи підроблених), подання звіту про оцінку майна, здійснення перекладу;

3) обстановка і час вчинення злочину – проведення досудового розслідування, розслідування у ВРП, тимчасовій слідчій чи спеціальній тимчасовій слідчій комісії ВР, в суді, при здійсненні виконавчого провадження,

4) спеціальний суб'єкт – свідок, потерпілий, експерт, оцінювач, перекладач;

5) вина у формі умислу.

Предмет злочину.

Предметом злочину є інформація, надана у формі показання свідка (найчастіше) чи потерпілого, а також у формі висновку експерта, здійсненого перекладачем перекладу, звіту оцінювача про оцінку майна, а також недостовірні або підроблені докази.

Інформація як предмет злочину має бути зафіксована на матеріальному носії згідно із процедурою, встановленою законодавством (КПК, ЦПК, ГПК, КАС, законами «Про судову експертизу», «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», «Про виконавче провадження» тощо). Матеріальний носій такої інформації – документ (протоколи слідчих дій, судових засідань, висновок, звіт, матеріали аудіозапису тощо). Саме її зміна (перекручування) є злочинним впливом на об'єкт кримінально-правової охорони ст. 384. При кваліфікації злочину за ст. 384 важливо враховувати, чи має інформація чи доказ значення для правильного вирішення справи. Обман щодо несуттєвих обставин (наприклад, допитуваний у провадженні про порушення правил безпеки дорожнього руху свідок вказує, що він є безробітним, хоч насправді має постійне місце роботи, але бажає приховати цю обставину від органів влади, побоюючись, що буде позбавлений соціальної допомоги) може розглядатись як малозначне діяння (ч. 2 ст. 11 КК).

Показання свідка, потерпілого є повідомленими ними під час допиту (іншої дії, яка має процесуальне значення і виконується за участю вказаних осіб) відомостями щодо обставин справи, які підлягають встановленню (у т.ч. відповіді на питання службової особи, яка провадить допит) у кримінальному, цивільному, адміністративному, конституційному, виконавчому провадженні, провадженні про адміністративні правопорушення. Не є такими показаннями попереднє опитування вказаних осіб, бесіда із ними метою з'ясування можливості визнання їх свідками чи потерпілими.

Висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, поставлені перед експертом, складений у письмовій формі у порядку, визначеному законодавством. Він викладається у письмовій формі і приєднується до матеріалів провадження (справи).

Переклад – це усний чи письмовий переклад із мови, якою спілкується певна особа, на українську мову, а також роз'яснення знаків німого, глухого.

Звіт про оцінку майна є документом, що містить висновки про вартість майна та підтверджує виконані процедури з оцінки майна суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом господарювання відповідно до договору. Він складається у випадках проведення незалежної оцінки майна. Крім звіту про оцінку майна законодавство розрізняє також акт оцінки майна – документ, що містить висновки про вартість майна та підтверджує виконані процедури з оцінки майна, здійсненої суб'єктом оціночної діяльності – органом державної влади або органом місцевого самоврядування самостійно. Інформація, яка міститься в такому акті, предметом передбаченого ст. 384 злочину не є.

Неправдивість як загальна ознака, притаманна інформації як предмету злочину, передбаченого ст. 384, означає, що надані винним свідчення, висновок, переклад, звіт не відповідають дійсності, не відображають фактичні дані, суперечать іншим встановленим з інших джерел доказам (наприклад,

висновок експерта не ґрунтується на матеріалах дослідження, а його відповіді на поставлені питання явно суперечать описовій частині висновку, звіт оцінювача майна містить оцінку, яка ґрунтується на явно неправдивих вихідних даних, навмисно використаних оцінювачем для надання необ'єктивного висновку про вартість об'єкта оцінки тощо) й переконливо спростовуються іншими встановленими у провадженні чи справі обставинами (наприклад, результатами повторної або комісійної експертизи).

Доказами є фактичні дані, отримані у передбаченому законом порядку, на підставі яких уповноважений орган чи службова особа (слідчий, прокурор, суддя), суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для провадження (справи) й правильного їх вирішення і підлягають доказуванню. Їхніми процесуальними джерелами й засобами є показання, письмові, речові, електронні докази, документи, висновки експертів. Для наявності складу злочину, передбаченого ст. 384, не має значення, чи були докази визнані допустимими (недопустимими) та чи були вони взяті судом до уваги, якими сторонами провадження (справи) їх було зібрано і надано, належать вони до доказів обвинувачення чи захисту тощо.

Недостовірність доказів означає, що вони не відповідають за своїм змістом об'єктивній дійсності, суперечать фактичним обставинам. Підроблені докази – докази, створені, видозмінені або підмінені винним для введення в оману відповідного суб'єкта. Достатньо, щоб таким чином було сфальсифіковано хоча б один доказ у справі (провадженні).

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 384, утворюється з діяння, вчиненого у певний час й у певній обстановці. Його загальним кримінально-правовим змістом є обман (повний чи частковий) винним суб'єкта, який здійснює провадження чи правосуддя, шляхом повідомлення йому невірної, неправдивої інформації чи надання її на матеріальному носії («активний обман») або приховування повністю або частково відомостей, які мають бути надані («пасивний обман»).

Процесуальними нормами, які регламентують участь і виконання своїх обов'язків у провадженнях (справах) свідків, потерпілих, експертів, перекладачів, оцінювачів передбачається попередження цих осіб про кримінальну відповідальність введення в оману суду чи іншого уповноваженого органу.

Показання свідка чи потерпілого є повідомленням ними вказаним в диспозиції ч. 1 ст. 384 адресатам (суду, іншому уповноваженому органу) відомостей, які становлять предмет злочину.

Органом, що здійснює досудове розслідування, згідно із ст. 38 КПК, є слідчі підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів державного бюро розслідувань, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, підрозділ детективів, підрозділ внутрішнього контролю НАБ. Під час вчинення конкретних слідчих, слідчо-розшукових та інших процесуальних дій зазначені органи представляють слідчі, котрі здійснюють досудове розслідування одноособово або слідчою групою.

Виконавче провадження здійснюється органами державної виконавчої служби (державними виконавцями) та, у передбачених законом випадках, –приватними виконавцями. Останні не входять до системи органів, які здійснюють виконавче провадження. Тому за ст. 384 не може бути кваліфіковано складання для надання і надання завідомо неправдивого висновку експертом, завідомо неправдивий звіт оцінювача про оцінку майна, наданий приватному виконавцеві.

Суд – це орган, уповноважений здійснювати правосуддя, що входить до системи судоустрою в Україні: місцевий суд, апеляційний суд, ВС, а також вищий спеціалізований суд, який діє для розгляду окремих категорій справ відповідно до Закону «Про судоустрій і статус суддів», а також КС. Не входять до такої системи суди, створені іншими суб'єктами міжнародного права, а не Українською державою (суди іноземної держави, ЄСПЛ, Міжнародний кримінальний суд тощо).

Вища рада правосуддя – колегіальний, незалежний конституційний орган державної влади та суддівського врядування, який діє в Україні на постійній основі для забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів. Згідно із Законом «Про Вищу раду правосуддя» свідок може бути заслуханий на засіданні Дисциплінарної палати ВРП під час дисциплінарного провадження щодо суддів.

Перелік уповноважених органів у ст. 384 має сприйматись із деякими уточненнями. Так, згідно із Рішенням КС у справі за конституційним поданням Уповноваженого ВР з прав людини щодо

відповідності Конституції України (конституційності) ч. 6 ст. 216 КПК від 24 квітня 2018 р. було визнано такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) ч. 6 ст. 216 КПК, яка передбачала здійснення досудове розслідування злочинів, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України, слідчими її органів. З часу, коли це рішення набрало сили (через три місяці після його ухвалення, тобто з 26 липня 2018 р.) зазначені службові особи не мають повноважень на проведення досудового розслідування. Надані їм з цього часу показання свідка чи потерпілого, висновок експерта не мають процесуального значення.

Згідно із частинами 2–5 ст. 89 Конституції України у межах своїх повноважень ВР може створювати ***тимчасові слідчі комісії*** для проведення розслідування з питань, що становлять суспільний інтерес. Їхні висновки і пропозиції не є вирішальними для слідства і суду. За Конституцією організація й порядок діяльності тимчасових спеціальних і тимчасових слідчих комісій ВР встановлюються законом. Це питання було врегульоване Законом від 15 січня 2009 р. №890-VI «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України». Рішенням КС від 10 вересня 2009 р. №20-рп/2009 цей закон було визнано неконституційним (із процедурних підстав). Наразі законодавчо врегульованим (на підставі Регламенту ВР, затвердженого Законом від 10 лютого 2010 р. №1861-VI) є лише порядок утворення і припинення тимчасових слідчих комісій ВР, але не їхня діяльність. Тому положення ст. 384 в частині встановлення кримінальної відповідальності за надання тимчасовій слідчій чи спеціальній тимчасовій слідчій комісії ВР завідомо неправдивих показань, завідомо неправдивого експертного висновку тощо не можуть бути застосовані.

Перелік таких «адресатів» є вичерпним. Дії, які є введенням у оману інших органів влади (наприклад, неправдиві пояснення, надані службовій особі під час складання нею протоколу про адміністративне правопорушення), кримінальної відповідальності за ст. 384 не тягнуть.

Складення висновку експертом означає закінчений процес оформлення сформульованого у відповідності із процесуальним законодавством і законодавством про експертну діяльність документа про результати дослідження; ***складення показань*** – власноручний запис їх свідком чи потерпілим. ***Надання експертом висновку, надання показань, подання завідомо недостовірних або підроблених доказів*** – передача відповідних носіїв показань чи висновків (у письмовому вигляді) чи доказів у будь-якому вигляді суду чи іншому уповноваженому органу. Зроблений перекладачем ***переклад*** може бути виражений як в усному послідовному спілкуванні цього фахівця із особою, мову якої він перекладає й особою, якій він її перекладає, а також в складені письмового перекладу (наприклад, згідно з ч. 4 ст. 376 КПК обвинуваченому може бути вручено копію вироку його рідною мовою або іншою мовою, якою він володіє, у перекладі, що засвідчений перекладачем).

Не охоплюються складом передбаченого ст. 384 злочину такі діяння, як знищення чи приховування (невидача) доказів, якщо це не пов'язане із вчиненням іншого введення в оману суду чи іншого уповноваженого органу або із штучним створенням доказів обвинувачення чи захисту.

Склад злочину, передбаченого коментованою статтею, є формальним. Злочин є закінченим з моменту завершення передбаченого в її диспозиції діяння. Складання особою відповідного документу (письмових свідчень, висновку, звіту, письмового перекладу) завершується його підписанням (засвідченням). Надання усних показань, перекладу є закінченим з моменту фактичного вчинення цих дій. Надання, подання предметів і документів – з моменту, коли вони фактично одержані відповідним органом (службовою особою, яка його представляє).

Настання наслідків (наприклад, незаконне засудження особи, на підставі штучно створених доказів обвинувачення) введення в оману суду чи іншого уповноваженого органу на кваліфікацію аналізованого злочину не впливає, але може враховуватись при призначенні покарання.

Обстановка і **час вчинення злочину** вказують, що передбачені ст. 384 діяння можуть кваліфікуватись як введення в оману суду (іншого уповноваженого органу) лише в межах (з початку і до закінчення) справ і проваджень про кримінальні й інші правопорушення, у цивільному, адміністративному, конституційному, господарському судочинстві, виконавчих провадженнях, дисциплінарних провадженнях щодо суддів.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину – спеціальний. У більшості форм введення в оману суду (іншого уповноваженого органу) ним є фізична особа, яка має статус свідка, потерпілого, судового експерта, оцінювача або

перекладача у відповідному провадженні чи справі. Суб'єктом подання завідомо недостовірних або підроблених доказів є будь-яка фізична особа, яка є стороною чи іншим учасником справи чи провадження (наприклад, захисник, законний представник). Такі особи повинні відповідати вимогам осудності й на момент вчинення діяння досягти віку 16 років.

Свідком є фізична особа, яка володіє відомостями щодо відомих їй обставин, які мають значення для провадження (справи). ***Потерпілий*** – це особа, якій правопорушенням (кримінальним чи адміністративним) завдано моральної, фізичної або матеріальної шкоди. Такий суб'єкт злочину може існувати лише в складі введення в оману суду чи органу, який здійснює досудове розслідування у кримінальному провадженні, а також у справах про адміністративні правопорушення. У кримінальному провадженні потерпілим визнається також юридична особа. Втім, вона не може визнаватись суб'єктом злочину (у т.ч. й передбаченого ст. 384). Вчинення злочину, передбаченого ст. 384, не входить і до передбачених ст. 96-3 підстав для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру. ***Експертом*** є особа, яка володіє науковими, технічними чи іншими спеціальними знаннями, якій доручено провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення правопорушення, дати висновок з питань, які виникають в справі (під час провадження) й стосуються сфери її знань. У кримінальному провадженні експертом може виступати лише особа, яка має право на проведення експертизи відповідно до Закону України «Про судову експертизу». ***Оцінювач*** – це особа, яка склала кваліфікаційний іспит та одержала кваліфікаційне свідоцтво оцінювача відповідно до вимог законодавства і є суб'єктом оціночної діяльності або представляє такого суб'єкта. ***Перекладачем*** є особа, залучена для перекладу пояснень, показань або документів (у т.ч. сурдоперекладач).

Не може визнаватись суб'єктом цього злочину особа, яка за законом не може брати участь у процесі у відповідному статусі. Наприклад, перелік осіб, які не можуть бути допитані як свідки у адміністративному судочинстві, містить ст. 66 КАС.

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується виною у виді прямого умислу. На це вказує перш за все приналежність складу передбаченого нею злочину до формальних, а також суб'єктивна ознака «завідомість» у диспозиції ст. 384. Вона уточнює зміст інтелектуального моменту прямого умислу: особа достовірно усвідомлює фактичні обставини, з якими закон пов'язує небезпечність діяння (введення в оману), напевне знає про них (про невідповідність об'єктивній дійсності наданих як покази свідчень, про наявність неправдивих даних у експертному висновку, про наявність помилок і неточностей або лакун у перекладі, про недостовірність чи підробку доказів). Наявність цієї ознаки виключає притягнення до кримінальної відповідальності вказаних у коментованій нормі осіб за їхні добросовісні помилки, невірну суб'єктивну оцінку обставин справи.

Вчиняючи передбачений ст. 384 злочин винний усвідомлює й кримінальну протиправність діяння. Процесуальними нормами, які регламентують участь і виконання своїх обов'язків у провадженнях (справах) свідків, потерпілих, експертів, перекладачів, оцінювачів передбачається роз'яснення їм службовою особою їхніх обов'язків та їх попередження про відповідальність за порушення цих обов'язків, у т.ч. за вчинення омани. Про це робиться запис у відповідному документі (наприклад, згідно з ч. 2 ст. 102 КПК у висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок, згідно з ч. 4 ст. 91 ЦПК в ухвалі суду про виклик свідка, він попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання). Невиконання службовою особою цієї умови виключає кримінальну відповідальність за коментованою статтею.

Законодавство не містить будь-яких норм про відповідальність за аналогічні передбаченим ст. 384 діяння, вчинені необережно.

Умисел на вчинення передбачених ст. 384 діянь може виникати у винного як з його власної ініціативи, так і під впливом осіб, зацікавлених у введенні в оману вказаних у статті органів. Зокрема, ініціаторами вчинення цього злочину можуть бути інші учасники провадження (наприклад, адвокат обвинуваченого обіцяє свідкові винагороду за потрібні йому для посилення позиції захисту в суді свідчення), службові особи правоохоронних органів (наприклад, у випадку недостатності доказів слідчий домовляється з експертом про потрібні для доказування вини обвинуваченого висновки), співучасники тощо. При встановленні подібних фактів дії особи, яка впливала на свідка, потерпілого

чи експерта, мають бути кваліфіковані як співучасть (як правило, у виді підбурювання) у злочині, передбаченому ст. 384, а якщо така особа є службовою – і за ст. 364 чи ст. 364-1.

Мотиви вчинення злочину можуть бути різними – особиста зацікавленість, страх, співчуття до обвинуваченого, небажання брати участь у процесі, кругова порука тощо. Вони (за винятком корисливого мотиву) на кваліфікацію не впливають.

Кваліфіковані види злочину.

Кваліфіковані види злочину (ч. 2 ст. 284) утворюють: 1) поєднання вказаних дій із обвинуваченням у тяжкому чи особливо тяжкому злочині; 2) поєднання їх із штучним створенням доказів обвинувачення чи захисту; 3) вчинення його з корисливих мотивів.

Під ***обвинуваченням у вчиненні злочину*** слід розуміти наміри винного щодо використання результатів введення в оману (неправдивого показання, неправдивого висновку, недостовірних або підроблених доказів) у кримінальному провадженні про злочини, які відповідають класифікаційним критеріям, вказаним у частинах 4 або 5 ст. 12 КК. ***Штучним створенням доказів*** є умисна фальсифікація (повна або часткова) джерел і засобів доказів (підробка документів, виготовлення, зміна чи переміщення речового доказу, підкуп свідків і домовленість із ними про надання потрібних особі свідчень тощо). Докази обвинувачення чи захисту існують лише в кримінальному провадженні.

Корисливий мотив при вчиненні передбачених коментованою статтею дій свідком, потерпілим, експертом, оцінювачем, перекладачем означає одержання ними незаконної вигоди майнового характеру або прагнення одержати таку вигоду за введення в оману суду або іншого уповноваженого органу. Факт одержання такої вигоди, як правило, додаткової кваліфікації не потребує.

5.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 384 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Коментована стаття встановлює відповідальність за введення в оману суду, органу, що здійснює досудове розслідування, виконавче провадження, ВРП, тимчасової слідчої чи спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР.

Особливих складнощів процес розслідування та доказування цього складу злочину у практичній діяльності правоохоронних органів не становить. Однак, особливу увагу слідчим треба звертати на кваліфікуючий склад злочин, який може призводити до неправильного притягнення до кримінальної відповідальності осіб на підставі неправдивих показань або штучного створення доказів. У зв'язку з цим, кожен допит слідчим має оцінюватися в сукупності з іншими доказами, враховуючи поведінку особи на допиті, її психо-емоціальний стан, взаємини допитуваного з підозрюваним і потерпілим.

Розглянемо **загальний алгоритм розслідування** злочинів цієї категорії.

Основними факторами, що впливають на лінію поведінки свідка (від активної допомоги органам досудового розслідування з метою повного розкриття злочину до перешкоджання розслідуванню в різних формах), є: ставлення свідка до особи, яка вчинила злочин, характер вчиненого злочину, його роль в злочині, властивості особистості, мотиви поведінки і цілі, якими він керується.

Протидія з боку потерпілих може бути пов'язана з розбіжністю інтересів слідчого і потерпілого. З одного боку, потерпілий, так само як і слідчий, зацікавлений в повному, об'єктивному та своєчасному розслідуванні злочину, викритті та покаранні винної особи, відшкодування матеріальної та моральної шкоди. З іншого боку, дії або бездіяльність слідчого по проведенню розслідування (незалежно від того, наскільки вони виправдані і необхідні з процесуальної і тактичної точок зору) можуть бути необ'єктивно сприйняті потерпілим. У цьому випадку потерпілий вважає, що його інтереси порушені або захищені не повною мірою, і стає на шлях протидії розслідуванню.

У разі висунення версії про дачу свідком чи потерпілим завідомо неправдивих показань, крім основної версії (дані завідомо неправдиві показання), слід висувати і контрверсію (дані достовірні свідчення). Для виявлення неправдивих свідчень можна звернутися до допомоги психолога, перед яким слід поставити питання, що стосуються показань, в частині їх достовірності чи хибності. Такі висновки психолог робить при сукупній оцінці особистості свідка (потерпілого), його стилю, поведінки і особливостей дачі самих свідчень.

Усне повторення заздалегідь підготовленої інформації під час слідчої дії перед слідчим заставляє

особу хвилюватися щоб не відійти від завченої версії подій. Особі, що дає завідомо неправдиві показання, необхідно одночасно виконати кілька складних завдань: згадати придуману модель неправдивих свідчень, відтворити її перед слідчим, дотримуючись обраної тактики поведінки і не відхиляючись від наміченої брехні.

Якщо неправдивість показань не виявлено досудовим розслідуванням, то їх недостовірність з'ясовується під час судового розгляду кримінального провадження.

> *К. знаходячись в приміщенні СВ Центрально-Міського РВ КВП ГУНП в Дніпропетровській області, будучи попередженим під підпис про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань під час його допиту як свідка у кримінальному провадженні, надав слідчому показання, відповідно до яких він, перебуваючи поряд з будинком №15 по вул. Мартіна Шимановського в м. Кривого Рогу, став очевидцем того, як 23.08.2016 р., приблизно о 19:30 годині С., знаходячись на балконі своєї квартири та будучи в стані алкогольного сп'яніння, під час конфлікту між ним і Ф., висловлюючись в бік Ф. нецензурною лайкою, взяв рушницю, ствол якої направив в бік Ф. та, судячи зі звуку, натиснув двічі на спусковий гачок, однак пострілу не пролунало. Правильність змісту протоколу допиту К. засвідчена його підписом.*
>
> *Однак, під час судового розгляду К. перебуваючи в процесуальному статусі свідка, будучи під присягою та попередженим головуючим суддею про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання, бажаючи надати допомогу С., щоб останній уникнув кримінальної відповідальності, усвідомлюючи неправдивість свідчень, що надаються ним, змінив свої показання, надані під час досудового розслідування, та надав неправдиві свідчення на користь С. і показав, що приблизно в кінці серпня місяця 2016 р. біля буд. №15, розташованого по вул. Мартіна Шимановського м. Кривого Рогу він був свідком конфлікту. Однак під час такого конфлікту він ніяких погроз не чув, зброї в руках у С. не бачив, ніякий постріл С. не робив та не імітував*[1].

У зв'язку з цим, прокурор, який підтримує публічне обвинувачення, має внести відомості в ЄРДР щодо факту введення в оману суду чи органів досудового розслідування. Проведення досудового розслідування варто доручати іншому слідчому, ніж той, який розслідував кримінальне провадження, в якому було наданні неправдиві показання, зроблено завідомо неправдивий висновок експерта або завідомо неправильний переклад, з метою уникнення суб'єктивності в розслідуванні.

Першочерговими слідчими діями є витребування та долучення до матеріалів кримінального провадження копій протоколів допитів свідка чи потерпілого, який дав неправдиві показання, протоколу слідчого експерименту, висновків експерта, перекладу процесуальних дій, диск із повним фіксуванням судового засідання, під час якого було виявлено неправдивість показань, висновку експерта, перекладу, протокол чи відеозапис засідання ВРП, протокол засідання тимчасової слідчої чи спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР.

Слідчий має провести огляд аудіо-диску із записом судового розгляду кримінального провадження, за результатами якого скласти протокол, в якому зафіксувати зміст показань, що давала особа під час судового розгляду.

Після цього слідчий має допитати особу, яка надала неправдиві показання, висновок чи переклад. Під час допиту потрібно встановити такі обставини:

- мотиви з яких особа надала неправдиві показання, висновок чи переклад;
- чи не було факту примушування з боку інших осіб, до вчинення таких дій;
- які дійсні факти відомі особі у попередньому кримінальному провадженні;
- з якою метою було подано завідомо недостовірні або підроблені докази.

Особливу увагу під час допиту потерпілого потрібно звертати на його взаємовідносини із підозрюваним та відповідність його попередніх показань матеріалам провадження.

> *М., будучи залученою як потерпіла у кримінальному провадженні та будучи ознайомленою під підпис з своїми процесуальними правами та обов'язками, попередженою про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань, повідомила під час допиту як потерпілої органу досудового розслідування Коростишівського ВП ГУНП в Житомирській області завідомо неправдиві відомості про вчинення відносно неї тяжкого злочину, а саме те, що 14.04.2018 р.*

---

[1] Вирок Центрально-міського районного суду міста Кривого Рогу Дніпропетровської області від 13 грудня 2018 року у справі №216/6141/18.

близько 08:50 год. Р. таємно проник до орендованої нею квартири, де вона проживає, та з шафи викрав грошові кошти в сумі 14700 грн. та мобільний телефон марки «Samsung J500H» вартістю 2118 грн.[1].

Такі дії органами досудового розслідування правильно кваліфіковані за ч. 2 ст. 383, однак взаємовідносини потерпілої та підозрюваного, мотиви її поведінки слідчим встановлені не були.

Під час розслідування можливе призначення низки експертиз. Зокрема:

- судово-лінгвістична експертиза – з метою встановити правильність перекладу;
- психофізіологічна експертиза з використанням поліграфа щодо свідка або потерпілого вельми – у випадках, коли їх показання суперечать іншим матеріалам кримінального провадження або коли кожен з учасників наполягає на своїх показаннях;
- товарознавча або судово-економічна експертизи щодо вартості майна – у випадку завідомо неправдивого звіту оцінювача про оцінку майна;
- повторні експертизи – коли йдеться про недостовірність висновку експерта.

Після проведення вказаних дій слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору. Як свідчить судова практика, більшість справ цієї категорії надходить до суду з угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим, при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469-472 КПК.

5.5. Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст. 385 КК) *(О. Житний)*

Обов'язкові ознаки злочину, передбаченого ст. 385 КК.

Стаття 385 передбачає ознаки двох складів злочинів: а) відмови свідка від давання показань; б) відмови експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків.

Обов'язковими ознаками злочинної ***відмови свідка від давання показань*** є:

1) діяння (відмова від давання показань);

2) час та обстановка вчинення діяння (у суді, у ВРП, у КС або під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою комісією ВР);

3) спеціальний суб'єкт (свідок);

4) вина у формі умислу;

5) відсутність спеціальної обставини, яка виключає злочинність відмови давати показання (ч. 2 ст. 285).

Обов'язковими ознаками складу злочинної ***відмови експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків*** є:

1) діяння (відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків);

2) відсутність поважних причин для такої відмови;

3) час та обстановка вчинення діяння (вчинення його в суді, у ВРП, у КСУ або під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою комісією ВР;

4) спеціальний суб'єкт – експерт, перекладач;

5) вина у формі умислу.

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 385, характеризується вчиненим в певний час і в певній обстановці діяння, яким створюються перешкоди для своєчасного, повного отримання й дослідження доказів – відмовою від дачі показань чи від виконання обов'язків. Діяння має бути протиправним, що виключається у зв'язку із реалізацією особою наданого їй за законом права відмовитися від виконання своїх обов'язків. Зокрема, не є злочинною відмова свідка від повідомлення

[1] Вирок Коростишівського районного суду Житомирської області від 08 червня 2018 року у справі №280/629/18. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74544023

відомостей, про які він за законом не може бути допитаний (не зобов'язаний свідчити). У кримінальному провадженні перелік таких відомостей встановлений у ч. 2 ст. 65 КПК, у цивільному – ч. 1 ст. 70 ЦПК, у адміністративному судочинстві – ч. 1 ст. 66 КАС. Наприклад, не можуть бути допитані як свідки священнослужителі про відомості, одержані ними на сповіді віруючих, адвокати – про відомості, які становлять адвокатську таємницю тощо.

Фактично відмова може бути прямою (відкрита заява про небажання виконувати свої процесуальні обов'язки чи про їх припинення) або завуальованою (особа, не відмовляючись напряму від виконання обов'язків, тим не менш під вигаданими приводами їх не виконує), виражатись в усному, письмовому чи зробленому іншим способом повідомленні, адресованому уповноваженій особі, припиненні спілкування зі службовою особою й надання відповідей на її питання, у будь-який інший спосіб.

Водночас, за своїм юридичним змістом таке діяння є злочинною бездіяльністю, адже винний уникає своїх обов'язків, визначених законом, який регламентує певний юридичний процес. Тому для відповідальності за ст. 385 має бути встановлено, що особа зобов'язана була діяти певним чином.

Це визначає необхідність правильного визначення її процесуального статусу та зумовлених ним конкретних обов'язків у провадженні чи справі (наприклад, особі роз'яснено її процесуальний статус свідка в конкретному кримінальному провадженні, її права й обов'язки, у т.ч. обов'язок свідчити, попереджено про відповідальність за відмову від давання показань). Якщо цей статус визначено невірно (наприклад, як свідок слідчим допитується особа, про яку відомо, що вона є причетною до вчинення кримінального правопорушення), відмова не може бути кваліфікована за ст. 385.

Тому обов'язковою умовою кримінальної відповідальності свідка, експерта, перекладача за коментованою статтею є роз'яснення особі її процесуальних обов'язків та попередження про відмову від їх виконання, у т.ч. про передбачену законом кримінальну відповідальність за це. Наприклад, перед початком допиту свідка в кримінальному провадженні він має бути попереджений про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань (ч. 3 ст. 224 КПК). Здійснення такого попередження має бути належним чином процесуально оформлене. Невиконання службовою особою, судом, особою, котра здійснює виконавче провадження цієї умови виключає кримінальну відповідальність за ст. 385.

Для визнання розглядуваної бездіяльності (невиконання процесуального обов'язку) свідка, експерта чи перекладача злочинною необхідно також, щоб особа мала можливість діяти так, як це від неї вимагає її перебування в цьому статусі. Це передбачає встановлення відсутності поважних причин, які перешкоджали б виконанню особою свого обов'язку.

Про ***показання свідка*** як його обов'язок сприяти кримінальному, адміністративному, цивільному, господарському конституційному провадженню, провадженню про адміністративні правопорушення див. коментар до ст. 384.

Відмова від давання показань означає, що свідок проявляє відверте, демонстративне небажання виконати свій процесуальний обов'язок давати показання під час досудового розслідування та судового розгляду (відмова свідка від виконання інших його обов'язків складу аналізованого злочину не містить). Така його позиція має бути зрозумілою для особи, яка здійснює відповідне провадження. Відмова може стосуватися всіх відомих особі обставин (наприклад, викликана слідчим як свідок особа після початку допиту відмовилася від дачі будь-яких показань та від підпису протоколу, заявивши, що не вважає себе свідком) або лише деяких із них. Про небажання виконати свої обв'язки особа може заявити як одразу після залучення її до процесу, так і на наступних його стадіях. Наприклад, під час досудового розслідування по кримінальному провадженню особа давала свідчення проти підозрюваного, але під час допиту як свідка в районному суді відмовилась від давання показань, про що у протоколі зроблено відповідний запис.

Якщо свідок категорично не відмовляється давати свідчення та звертається з обґрунтованим клопотанням про перенесення часу процесуальної дії (зокрема допиту, одночасного допиту), її зупинення чи призупинення з поважних причин (наприклад, посилається на погіршення самопочуття, просить зробити перерву для прийому ліків, для вчинення невідкладних дій (наприклад, лікаря запрошено на терміновий виклик), тощо) чи для того, щоб скористатись наданими їй законом правами (зокрема, для консультації із адвокатом), склад аналізованого злочину відсутній. Не є злочинною відмовою заперечні відповіді на питання щодо обставин, яких, на думку свідка, він не знає, не може знати.

Зовні відмова свідка від давання показань може бути виражена в активній формі – усному чи письмовому повідомленні (заяві) свідка особі, яка одержує від нього показання (у т.ч. здійснює

допит), про своє небажання надавати свідчення, про відмову надати інформацію, якою він володіє. Водночас, відмова може бути виражена й у бездіяльності – свідок не повідомляє відомості, які йому відомі, не відповідає на поставлені йому запитання. Форма відмови свідка від давання показань на кваліфікацію злочину за ст. 385 не впливає.

Обов'язки, покладені на експерта чи перекладача, – визначена законодавством участь цих осіб у провадженні (справі). Обов'язки експерта визначено у частинах 3, 4 ст. 69, ч. 2 ст. 70 ГПК, ч. 2 ст. 273 КАП, частинах 3, 4 ст. 68, ч. 2 ст. 69 КАС, частинах 5–7 ст. 69 КПК, частинах 3, 4, ст. 72, ч. 2 ст. 73 ЦПК, ч. 3 ст. 20 Закону «Про виконавче провадження» від 2 червня 2016 р. Наразі законом не передбачається участі (і, відповідно, не встановлює обов'язки) експерта чи перекладача у засіданнях Дисциплінарної палати ВРП під час дисциплінарного провадження щодо суддів. Не регламентуються чинними нормативно-правовими актами обов'язки цих фахівців у розслідуванні спеціальної тимчасової слідчої комісії ВРУ (хоч Регламент ВР передбачає у ч. 4 ст. 174 попередження експертів та інших осіб, запрошених спеціальною тимчасовою слідчою комісією, в письмовій формі про визначену КК відповідальність за відмову експерта чи перекладача без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків). Відсутність визначених законом обов'язків виключає кримінальну відповідальність за їх невиконання (відмову від їх виконання).

Змістом обов'язків експерта є надання ним обґрунтованого й об'єктивного письмового висновку на поставлені йому питання, з'явлення до суду (до службової особи) за викликом та роз'яснення свого висновку і відповідь на запитання. Змістом обов'язків перекладача є прибуття за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду та здійснення перекладу (див. коментар до ст. 384).

Відмова експерта чи перекладача від виконання покладених обов'язків – це категорично, ясно виражена особою позиція про небажання вчинити дії, які вимагаються згідно із її процесуальними обов'язками (експерт повідомляє про відмову з'явитися до суду чи надати висновок, відповісти на запитання, перекладач – про небажання прибути за викликом службової особи, забезпечувати чи надавати переклад документів, перекладати спілкування учасників процесу, запитання і відповіді тощо).

Бездіяльність свідка, експерта чи перекладача не є злочинною, якщо вона зумовлена ***поважними причинами***. Такими причинами можуть бути будь-які реально існуючі суб'єктивні чи об'єктивні обставини, які перешкоджають вказаним суб'єктам виконати свої обов'язки. Частина з них прямо визначена законодавством. Так, поважною причиною відмови експерта чи перекладача є виконання ними обов'язку заявити самовідвід з підстав, передбаченим законодавством (наприклад, у кримінальному провадженні перекладач зобов'язаний заявити самовідвід на підставі обставин, передбачених ст. відповідно до статей 77, 79 КПК – якщо він є заявником, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем, членом сім'ї або близьким родичем сторони тощо).

Поважаними причинами, не передбаченими законодавством, може бути незадовільний стан здоров'я особи, смерть члена сім'ї, стихійне лихо, мобілізація чи призов до ЗС, затримання правоохоронними органами, відбування покарання чи адміністративного стягнення, участь у іншому процесі тощо. У будь-якому разі вони мають встановлюватись індивідуально щодо кожної конкретної особи та ретельно перевірятися.

Експерт вправі вмотивовано відмовитись від надання висновку, якщо наданих для проведення експертизи матеріалів недостатньо для виконання покладених на нього обов'язків. Перекладач має право відмовитися від участі в провадженні, якщо він не володіє мовою в обсязі, необхідному для перекладу.

Для кваліфікації злочину за ст. 385 має важливе значення ***час та обстановка вчинення діяння***. Діяння має відбутися під час здійснення певного юридичного процесу суб'єктами, перелік яких вичерпно вказано в диспозиції зазначеної норми (особами, які представляють орган досудового розслідування, здійснюють виконавче провадження, судами, ВРП, КС, тимчасовою слідчою комісією ВР). Про характеристику цієї ознаки див. коментар до ст. 384. Відмова може мати місце на будь-якій стадії кримінального, цивільного, адміністративного, конституційного процесу, виконавчого провадження.

Злочин, передбачений коментованою статтею, характеризується формальним складом. ***Моментом його закінчення*** є вчинення свідком відмови від давання показань у будь-якій формі, доведення цієї обставини у будь-якому вигляді до відома уповноваженої особи, вчинення експертом, перекладачем дій (бездіяльності), які явно вказують на небажання цих осіб виконувати покладені на них обв'язки, і доведення цієї обставини до відома службової чи іншої уповноваженої особи.

Якщо відмову свідка від давання показань, експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків здійснено в усній формі, про таку його позицію робиться запис у відповідному процесуальному документі (протоколі слідчої дії, протоколі судового засідання тощо).

Від злочину, передбаченого ст. 385, слід відрізняти неявку особи за викликом та злісне ухилення від явки до службової особи. Так, неявка свідка у кримінальному провадженні за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді чи до суду, тобто неприбуття й неповідомлення про причини неприбуття, якщо особу було запрошено у встановленому порядку (що, зокрема, підтверджене отриманням нею повістки про виклик, ознайомлення з її змістом іншим шляхом) є правопорушенням, котре тягне застосування процесуального примусу – накладення грошового стягнення, передбаченого ст. 139 КПК. Неприбуття свідків до суду чи службових осіб у інших, крім кримінального, провадженнях (справах), а також неприбуття експерта чи перекладача (не пов'язане із відмовою виконувати свої обов'язки) такої відповідальності не тягнуть.

Не є злочином і тягне адміністративну відповідальність за ст. 185-4 КАП злісне ухилення свідка, експерта, перекладача від явки до органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування (якщо це не пов'язане із ясно вираженою особою відмовою виконати свої процесуальні обов'язки). Злісне ухилення таких осіб від явки в суд розглядається як прояв неповаги до суду або КС (ст. 185-3 КАП). Злісне ухилення характеризується систематичним (таким, що повторилося щонайменше тричі) неприбуттям свідка (експерта, перекладача) за викликом без поважних причин, приховуванням особою свого місця перебування, наданням підроблених документів про причини неявки тощо. Злісне ухилення свідка, експерта чи перекладача до інших органів чи службових осіб (наприклад, свідка до ВРП) юридичної відповідальності не тягне.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкти у складах передбаченого ст. 385 злочину є спеціальними. До їх кола входять лише учасники проваджень (справ), які виконують в них допоміжні функції й задачі: свідки, перекладачі або експерти. Про поняття ***свідок***, ***перекладач***, ***експерт*** див. коментар до ст. 384. Інші учасники провадження (наприклад, потерпілий, обвинувачений), за відмову від дачі показань кримінальній відповідальності не підлягають. Водночас, вони (а також особи, які не є учасниками провадження чи справи) можуть бути визнані співучасниками розглядуваного злочину (як підбурювач, пособник чи організатор).

Особа підлягає кримінальної відповідальності за ст. 385 за умови досягнення нею на час вчинення діяння 16 років.

Виключається визнання суб'єктом злочину за ст. 385 особи, яку за законом не можна залучити й допитувати як свідка (наприклад, згідно із п. 1 ч. 1 ст. 70 ЦПК не можуть бути допитані як свідки недієздатні фізичні особи, а також особи, які перебувають на обліку чи на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі і не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання).

Якщо закон передбачає додаткові умови для залучення особи до процесу як свідка (наприклад, згоду дипломатичного представництва на допит як свідка в кримінальному провадженні працівника такого представництва), вона також не може бути визнана суб'єктом передбаченого ст. 385 злочину без додержання таких умов. Вчинена нею відмова в таких випадках не містить його складу.

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 385, характеризується виною у виді прямого умислу. Його обов'язковою ознакою є усвідомлення винним протиправності вчинюваної ним відмови, на що вказує доведення до її відома передбачених законом процесуальних обов'язків. Мотив злочину (користь, небажання співробітничати з правоохоронним органом, судом чи іншим органом, зацікавленість у певному вирішенні справи тощо), а також його мета на кваліфікацію не впливають. Водночас, у випадках, коли відмова вчиняється з метою сприяти (забезпечити) приховування злочину, вчинене необхідно відрізняти від приховування злочину (ст. 396) за правилами конкуренції загальної (ст. 396) та спеціальної норм (ст. 385). У цих випадках застосуванню підлягає остання з них.

Обставина, що виключає злочинність діяння.

Коментована стаття містить спеціальну обставину, яка виключає злочинність відмови свідка від дачі показання, що вимагає відмежування цього злочину проти правосуддя від реалізації особою

права не давати показань щодо себе (імунітет свідка), а також членів своєї сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

Коло членів сім'ї, близьких родичів визначається законом, який регулює відповідний процес (зокрема, в кримінальному процесі – п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК, в цивільному – ч. 1 ст. 71 ЦПК, в адміністративному – ч. 1 ст. 67 КАС, в господарському – ч. 1 ст. 68 ГПК). У випадках, коли у певному виді процесу це питання не урегульоване, слід користуватись нормами сімейного законодавства.

Зазначена обставина має бути інтерпретована і застосована в системній єдності ч. 2 ст. 385 із ч. 1 ст. 63 Конституції України та практики ЄСПЛ. Так, у справі «*Джон Мюррей проти Сполученого Королівства*» ЄСПЛ постановив, що хоча право на мовчання не згадується спеціально в ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, немає сумнівів, що право зберігати мовчання на поліцейському допиті й право не надавати свідчення проти себе є повсюдно визнаними нормами, що становлять сутність висловлювання про справедливий розгляд відповідно до ст. 6 Конвенції.

З урахуванням норми ст. 63 Конституції України та загальновизнаних норм міжнародного права виключається злочинність відмови особи (у т.ч. свідка) від давання показань не лише під час досудового розслідування (тобто у кримінальних провадженнях) чи в суді, як це прямо зазначається в ч. 2 ст. 385, а й під час інших процедур, пов'язаних із її допитом чи опитуванням – зокрема, в тимчасовій слідчій комісії ВР чи у ВРП.

У кримінальному провадженні право не свідчити поширюється на будь-які відомості, які стосуються зазначеного в ч. 2 ст. 385 кола осіб – незалежно від того, чи можуть послужити вони підставою для підозри чи обвинувачення у вчиненні правопорушення чи ні. У інших випадках відмова є правомірною лише щодо обставин, які можуть тягнути юридичну відповідальність для свідка або його членів сім'ї чи близьких родичів.

Спеціальна обставина, яка виключає злочинність діяння, передбачена ч. 2 ст. 285, поширюється лише на свідків. Не можуть посилатись на неї як на правову підставу відмови від виконання своїх обов'язків особи, залучені до юридичного процесу як експерти та перекладачі.

Зловживання вказаним правом має кваліфікуватись як злочинна відмова свідка від дачі показань за ст. 385.

> *Під час провадження досудового розслідування у кримінальному провадженні за ч. 1 ст. 364 КК старшим слідчим було викликано на допит у якості свідка ОСОБА_2 з метою з'ясування обставин, що мають значення для цього кримінального провадження. Під час допиту як свідка ОСОБА_2 у присутності адвоката було роз'яснено права та обов'язки свідка, а також попереджено про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за дачу завідомо неправдивих показань за статтями 384, 385 КК, після чого остання відмовилась від давання показань на підставі ст. 63 Конституції України, про що у протоколі зроблено відповідну відмітку. Водночас, поставлені їй запитання не стосувалися неї самої, а також членів її сім'ї чи близьких родичів. Така відмова була кваліфікована за ч. 1 ст. 385 КК.*

5.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 385 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Серед учасників кримінального провадження свідок займає особливе місце. Така особливість визначається його роллю й місцем у процесі доказування в кримінальному провадженні, оскільки він є незамінним у кримінальному провадженні. Крім того, більшість із учасників кримінального провадження в подальшому можуть бути допитані як свідки (допит заявника, допит понятого) або в статусі, максимально наближеному до свідка (наприклад, допит експерта). Важливість показань свідків, особливо очевидців, зумовлена тим, що вони безпосередньо сприймали подію злочину або її частину, і можуть надати слідчому інформацію максимально наближену до реальних подій (звісно із врахуванням особливостей сприйняття кожним свідком).

До предмета показань свідка, насамперед, входять відомості про фактичні дані і обставини, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Також, до предмета показань свідка належать: відомості про факти, що характеризують особу підозрюваного, обвинуваченого та взаємовідносини свідка з ними і з потерпілим та відомості про особистість інших

свідків, їх стосунки з підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, або, наприклад, стосунки експерта чи перекладача з підозрюваним.

Коли ж свідок відмовляється від дачі показань, кримінальне провадження втрачає важливу первинну інформацію про обставини вчинення злочину та осіб, які його вчинили. Аналогічна ситуація із важливістю показань свідка і у інших галузях процесуального права. Цим і зумовлена норма про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Має місце відмова від дачі показань свідком.

Відмова свідка від дачі показань не завжди є протиправною, що потрібно враховувати під час розслідування цієї категорії справ. Кожен із процесуальних кодексів визначає перелік осіб, які наділені свідоцьким імунітетом (ч. 2 ст. 65 КПК, ч. 1 ст. 70 ЦПК, ч. 1 ст. 66 КАС, ст. 67 ГПК).

Слідчому потрібно враховувати, що якщо особа, яка наділена відносним свідоцьким імунітетом, погодилась давати показання, а в процесі допиту відмовилася від дачі показань, то вона не несе кримінальної відповідальності за коментованою статтею, оскільки давання показань її право, а не обов'язок. Також потрібно враховувати, що перелік осіб, які наділені свідоцьким імунітетом, вказаний у процесуальних кодексах, не є вичерпним, оскільки може встановлюватися також нормами інших законів. Для прикладу, свідоцьким імунітетом щодо збереження професійної таємниці наділяються помічники адвоката, нотаріуса, Уповноважений верховної ради з прав людини (ст. 20 Закону «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини») та інші.

Як правило, відмова свідка від давання показань зумовлена або особистою зацікавленістю в результатах розслідування (приязні стосунки з підозрюваним, матеріальна зацікавленість тощо) або страхом перед підозрюваним (здійснення щодо свідка чи його близьких родичів погроз, насильства, вимагання). Завданням слідчого під час допиту є встановити психологічний контакт з свідком, щоб мінімізувати випадки відмови від дачі показань. Коли свідок відмовляється від дачі показань, слідчий максимально коректно повинен з'ясувати причини відмови, повторно роз'яснити відповідальність за відмову від дачі показань. Якщо свідок продовжує відмовлятися від дачі показань, слідчий завершує допит, оформлює протокол, у якому зазначає про повну або часткову відмову свідка від дачі показань, та просить свідка його підписати. Якщо останній відмовляється від підпису, слідчий залучає не менше двох понятих, в присутності яких фіксує відмову свідка від підпису.

Для повноти доказової бази рекомендується повторно повісткою викликати свідка для дачі показань. Повторний допит провести за участю понятих та із застосуванням відеозапису, на який зафіксувати весь хід допиту і відмову свідка від дачі показань.

Після фіксації факту відмови свідка від дачі показань слідчий рапортом повідомляє керівника органу досудового розслідування про виявлені ознаки злочину, а керівник вносить відомості в ЄРДР та визначає слідчого, який буде проводити розслідування. При цьому не рекомендується доручати проведення досудового розслідування тому ж слідчому, який проводив допит та зафіксував факт відмови.

> *21 червня 2016 р., о 9 год. 40 хв., у приміщенні Овідіопольського відділу поліції ГУНП в Одеській області, Д., будучи викликаним для допиту як свідок злочинних дій К. та попереджений про кримінальну відповідальність за ст. 385 КК про відмову від давання показань, відмовився від давання показань за відсутності для цього законних підстав. 23 червня 2016 р., о 16 год., у приміщенні Овідіопольського відділу поліції ГУНП в Одеській області, Д. повторно, будучи викликаним для допиту як свідок злочинних дій К. та попереджений про кримінальну відповідальність за ст. 385 КК про відмову від давання показань, відмовився від давання показань за відсутності для цього законних підстав*[1].

Після отримання матеріалів слідчий першочергово проводить допит підозрюваного під час якого має з'ясувати наступні обставини:

- чи мав місце факт відмови від дачі показань;
- чи були наявні обставини передбачені ч. 2 ст. 65 КПК, за наявності яких свідок міг відмовитися від дачі показань;

---

[1] Вирок Овідіопольського районного суду Одеської області від 26 липня 2016 року у справі №509/2330/16-к. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59184989

- чи були погрози щодо свідка з боку інших осіб, в т.ч. слідчого, який проводив допит;
- які були мотиви відмови від дачі показань.

Прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру, у якому крім відомостей передбачених ст. 277 КПК, чітко має бути зазначено, що були відсутні підстави для відмови свідка від дачі показань передбачені ч. 2 ст. 65 КПК (ч. 1 ст. 70 ЦПК, ч. 1 ст. 66 КАС, ст. 67 ГПК).

Для перевірки отриманих під час допиту підозрюваного відомостей потрібно провести допити:
- слідчого, який проводив слідчу дію, під час якої свідок відмовився від дачі показань;
- близьких родичів свідка з метою встановлення відсутності фактів тиску на нього;
- понятих, в присутності яких свідок відмовився від дачі показань.

Якщо відмова від дачі показань відбулася під час судового розгляду кримінального провадження, прокурор, який підтримує публічне обвинувачення, має внести відомості в ЄРДР щодо факту відмови свідка від дачі показань. Першочерговими слідчими діями є витребування та долучення до матеріалів кримінального провадження диску із повним фіксуванням судового засідання технічними засобами, під час якого було зафіксовано відмову від дачі показань. Слідчий має провести огляд аудіо-диску із записом судового розгляду кримінального провадження, за результатами якого скласти протокол, де зафіксувати відмову свідка від дачі показань під час судового розгляду.

> *15 листопада 2014 р. під час досудового розслідування у кримінальному провадженні №12014210170000392 було проведено допит П. Під час допиту П. давала свідчення проти Г., з приводу розбещення ним 09.10.2014 р. її малолітньої дочки. Того ж дня під час допиту як свідка П. було роз'яснено права та обов'язки свідка, а також попереджено про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за дачу завідомо неправдивих показань за статтями 384, 385 КК.*
>
> *21.02.2017 р. під час допиту в Гусятинському районному суді як свідка П. було роз'яснено права та обов'язки свідка, а також попереджено про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за дачу завідомо неправдивих показань за статтями 384, 385 КК. Після ознайомленім із цими статтями КК про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань, остання відмовилась від давання показань, про що у протоколі зроблено відповідний запис. 10.04.2017 р. П. звернулась в Гусятинський районний суд із заявою про бажання давати показання у кримінальному провадженні №12014210170000392 по обвинуваченні Г. та проведенні допиту в режимі відеоконференції. Під час судового розгляду 18.04.2017 р. проводився допит як свідка П. в режимі відеоконференції у приміщенні Теребовлянського районного суду. Під час допиту П. суддею Гусятинського районного суду, із застосуванням відеозйомки було знову роз'яснено процесуальний статус свідка та в якому саме кримінальному провадженні її допитують. Роз'яснено її права та обов'язки, у т.ч. обов'язок свідчити, а також попереджено про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за дачу завідомо неправдивих показань, після чого остання підписала попередження та виголосила присягу.*
>
> *Однак, не зважаючи на законні вимоги судді Гусятинського районного суду Лисюк І.О., свідок П., ухиляючись від виконання покладеного на неї процесуального обов'язку давати показання, встановленого п. 2 ч. 2 ст. 66 КПК, за відсутності поважних причин, які перешкоджали б виконанню цього її обов'язку, відмовилась від давання показань, про що у протоколі зроблено відповідний запис.*
>
> *Свою відмову мотивувала тим, що обвинувачений у кримінальному провадженні Г. відносно П. являється шватром, а саме: чоловіком сестри її чоловіка*[1].

Однак, органами досудового розслідування правильно зазначено у обвинувальному акті, що перелік близьких родичів, зазначений у п. 1 ч. 1 ст. 32, є вичерпним, а отже П. не є особою, яка не може бути допитана як свідок, згідно з приписами ч. 2 ст. 65 КПК.

Якщо відмова від дачі показань свідком відбулася у ВРП, КС або під час розслідування тимчасовою слідчою комісією ВР, необхідно витребувати та долучити до матеріалів кримінального провадження протокол чи відеозапис засідання ВРП, КС, протокол засідання тимчасової слідчої комісії ВР.

---

[1] Вирок Теребовлянського районного суду Тернопільської області від 28 березня 2018 року у справі №606/2029/17. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73058236.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору. Як свідчить судова практика, більшість справ цієї категорії надходить до суду із угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим, при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469-472 КПК.

2. Має місце відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків.

Якщо виникає слідча ситуація, коли експерт чи перекладач відмовляються від виконання покладених на них обов'язків, то основним завданням слідчого який здійснює кримінальне провадження є зафіксувати факт відмови учасника процесу від виконання обов'язків. Якщо йдеться про перекладача, то це має бути зроблено або у протоколі процесуальної дії, в якій забезпечується переклад, або в окремому протоколі із залученням до цього понятих та за можливістю із відеофіксацією факту відмови.

Щодо експерта ситуація дещо складніша, оскільки відповідно до п. 4.1. Інструкції «Про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень» керівник експертної установи розглядає отримані матеріали і доручає відповідному структурному підрозділу експертної установи організувати проведення експертизи, при цьому він може безпосередньо призначити експерта та встановити строк виконання експертизи або передати вирішення цих питань заступнику керівника експертної установи чи керівникові підрозділу. Експерт, якому доручено керівником проведення експертизи, зобов'язаний провести експертизу, а якщо він відмовиться її провести, керівник визначить іншого експерта і сумнівно, що звернеться із повідомленням до органів досудового розслідування про відмову експерта від виконання обов'язків.

Таким чином, стаття про відмову від виконання обов'язків експертом найчастіше може застосуватися до експертів, які не працюють в експертній установі. Після отримання ухвали слідчого судді про доручення проведення експертизи конкретному експерту, який не працює у експертній установі, він зобов'язаний провести експертизу за наявності достатньої компетентності, якщо ж він відмовляється від проведення експертизи або не виконує її у встановлений строк, то слідчий має провести його допит з метою встановлення причин невиконання обов'язків.

Після фіксації факту відмови експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків, слідчий рапортом повідомляє керівника органу досудового розслідування про виявлені ознаки злочину, а керівник вносить відомості в ЄРДР та визначає слідчого, який буде проводити розслідування.

Після отримання матеріалів слідчий першочергово проводить допит підозрюваного, під час якого має з'ясувати такі обставини:

- чи мав місце факт відмови від виконання покладених на них обов'язків;
- чи були наявні обставини передбачені ч. 4 ст. 69, ст. 78 КПК, за наявності яких свідок міг відмовитися від дачі показань;
- чи були погрози щодо нього з боку інших осіб.

Прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру, у якому, крім відомостей, передбачених ст. 277 КПК, чітко має бути зазначено, що були відсутні підстави для відмови експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків.

Подальші дії аналогічні описаним у першій ситуації щодо розслідування цієї категорії справ.

5.7. Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386 КК) *(О. Житний)*

Обов'язкові ознаки складу злочину.

За своєю соціальною суттю злочин, ознаки складу якого передбачено у ст. 386, є протиправним впливом (із застосуванням насильства чи без такого) на волю учасників провадження (справи), які виконують у ньому допоміжну функцію – свідків, потерпілих, експертів з метою зміни їхньої поведінки.

Обов'язковими ознаками складу передбаченого ст. 386 злочину є:

1) спеціальний потерпілий (крім вчинення посягання у формі підкупу) – свідок, потерпілий, експерт (при погрозі – також близький родич будь-кого з них);

2) діяння: а) перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих чи спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР, б) примушування свідка, потерпілого, експерта до відмови від давання показань чи висновку вказаним органам, а також до давання їм завідомо неправдивих показань чи висновку, в) підкуп свідка, потерпілого чи експерта, г) погроза свідку, потерпілому, експерту вчинити їх чи їхніх близьких родичів убивство, насильство щодо них, знищити їхнє майно, розголосити відомості, які вказаних осіб ганьблять;

3) спосіб вчинення примушування – погроза вбивством, насильством, знищенням майна спеціальних потерпілих від цього злочину чи їх близьких родичів, або розголошення відомостей, що вказаних осіб ганьблять;

4) час та обстановка вчинення злочину у формі перешкоджання з'явленню учасника провадження (справи), їх примушування чи підкупу – судове провадження, провадження досудового розслідування, розслідування тимчасових слідчих та спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР;

5) вина у формі умислу;

6) мета вчинення примушування або підкупу – схилити спеціального потерпілого до неявки до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих чи спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР, або до відмови від давання показань чи висновку, або до давання завідомо неправдивих показань чи висновку;

7) мотив погрози вчинити вбивство, насильство, знищення майна, розголосити відомості – помста за раніше дані показання чи висновок.

Потерпілий від злочину.

Про поняття ***свідок, потерпілий, експерт*** див. коментар до ст. 384, а щодо осіб, які визнаються ***близькими родичами*** свідка, потерпілого, експерта – коментар до ст. 385.

У випадках, коли винний, маючи єдиний умисел, вчиняє діяння (примушує, підкупає, погрожує) щодо кількох осіб, воно утворює одиничний злочин (наприклад, під час спілкування одночасно з двома свідками у кримінальному провадженні шляхом виказування словесних погроз та погрожуючи розголошенням відомостей, що їх ганьблять, винний схилив цих осіб до відмови від наданих на досудовому розслідуванні показань та зміні їх на такі, що викривають підозрюваного у непричетності до вчинення кримінального правопорушення).

Протиправний вплив на інших, не зазначених у диспозиції ст. 386, учасників провадження чи справи (наприклад, підозрюваного чи законного представника потерпілого), складом аналізованого злочину не охоплюється. Окремі форми впливу на них з метою схилити до зміни поведінки чи до певних дій (бездіяльності) під час процесу можуть бути кваліфіковані як злочин проти особи (наприклад, примушування перекладача до неправильного перекладу шляхом погрози йому убивством – за ст. 129) чи проти власності (наприклад, примушування цивільного позивача відмовитись від позову, вчинене шляхом погрози знищити його майно шляхом підпалу – за ст. 195).

За ознакою спеціального потерпілого передбачений ст. 386 злочин відрізняється від інших злочинів проти правосуддя, які також виражаються в перешкоджанні законній діяльності осіб, залучених до провадження (справи). Так, вчинення впливу в аналогічний вказаному у ст. 386 спосіб на захисника чи представника особи, які надають правову допомогу, може бути кваліфіковане за статтями 397 або 398.

При вчиненні передбаченого ст. 386 злочину у формі підкупу така ознака як потерпілий в його складі відсутня, оскільки посягання, вчинене у цій формі, не заподіює особі моральної, фізичної або майнової шкоди.

Об'єктивна сторона злочину.

Перешкоджання з'явленню означає створення обставин, які унеможливлюють або значно ускладнюють прибуття свідка, потерпілого, експерта до названих у ч. 1 ст. 386 органів чи службових осіб у вказаний ними (наприклад, в направленій слідчим повістці про виклик свідка) чи обраний самостійно час для виконання своїх процесуальних обов'язків, а також недопущення виконання вказаними особами таких дій. Перешкоджанням з'явленню цих осіб є й створення перепон для їх участі у дистанційному провадженні, зокрема в проведенні процесуальних дій у режимі відеоконференції.

Спосіб створення перешкод (погрози, шантаж, умовляння, підкуп, тимчасове позбавлення можливості вільно пересуватись, застосування насильства, знищення чи пошкодження технічних

засобів, необхідних для здійснення дистанційно процесуальних дій тощо) для кваліфікації злочину за ст. 386 немає. Якщо цей спосіб утворює склад іншого злочину (наприклад, викрадення особистих документів (ч. 3 ст. 357), погрози вбивством (ст. 129), незаконного позбавлення волі людини (ст. 146), умисного знищення або пошкодження майна (ст. 194) тощо), то вчинене кваліфікується за сукупністю злочинів.

Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта здебільшого виражається у діях. Можливе його вчинення і бездіяльністю – у випадках, коли особа, яка зобов'язана створити умови (забезпечити) прибуття зазначених учасників провадження (справи) до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих та спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР, не виконує необхідні дії (наприклад, військовий командир не надає дозволу підлеглому на залишення військової частини з метою перешкодити його участі в судовому засідання як потерпілого).

Примушування є відкритим насильницьким впливом на свідомість і волю особи для схилення її до рішення про відмову давати показання чи висновок або дати завідомо неправдиві показання чи висновок. Не є примушуванням ненасильницькі (нехай навіть й енергійні, наполегливі, тривалі) дії – прохання, вмовляння, переконання тощо.

Спосіб вчинення примушування – альтернативно погроза вбивством, погроза насильством, погроза знищенням майна спеціальних потерпілих від цього злочину або їхніх близьких родичів, а також розголошення відомостей, котрі будь-кого із вказаних осіб ганьблять. Перелік способів примушування є вичерпним. Погрози іншого, аніж названого в диспозиції ст. 386, змісту (наприклад, погроза звільненням з роботи, погроза викраденням майна) складу аналізованого злочину не містять, але можуть бути кваліфіковані як інший злочин (зокрема, погроза пошкодження майна, висловлена з метою примушування свідка, потерпілого, експерта до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку в суді, органі досудового розслідування, тимчасовій слідчій та спеціальній тимчасовій слідчій комісії ВР кваліфікується лише за ст. 195).

Погроза вбивством, насильством або знищенням майна полягає у висловленій у рішучій формі обіцянці, адресованій свідку, потерпілому, експерту (їх залякуванні) заподіяти фізичну, матеріальну або моральну шкоду їм особисто або їхнім близьким родичам: а) заподіяти смерть; б) протиправно застосувати фізичний вплив та заподіяти шкоду здоров'ю шляхом нанесення тілесних ушкоджень будь-якої тяжкості, або вчинити побої, мордування, викрадення, захоплення як заручника, зґвалтувати, вчинити насильницький злочин проти їхньої власності тощо; в) протиправно привести майно, яке належить вказаним особам (або перебуває у їхньому законному володінні чи віданні), у повну непридатність, внаслідок чого воно перестане існувати або повністю втратить свою цінність та не зможе бути використане за призначенням.

Погроза вбивством, насильством або знищенням майна може бути висловлена будь-яким зрозумілим потерпілій особі способом (словами, жестами, демонстрацією зброї чи інших предметів тощо).

Висловлені при вчиненні цього злочину погрози вбивством або знищенням майна охоплюються його складом і не потребують додаткової кваліфікації за ст. 129 чи ст. 195. На відміну від цих статей, згідно з якими кримінальна відповідальність за погрозу обумовлена наявністю реальної підстави побоюватися здійснення погрози, для кваліфікації злочину за ст. 386 достатньо лише висловлення винним намірів (у формі погрози), незалежно від того, як саме сприймає її адресат. У цьому випадку має значення не викликане в особи почуття страху за своє (чи близьких родичів) життя, здоров'я або майно, а спрямованість винним діяння на припинення чи зміну поведінки особи як учасника певного провадження (справи).

Погроза розголошення відомостей, що ганьблять свідка, потерпілого, експерта або їхніх близьких родичів полягає в залякуванні його повідомленням іншим особам (як конкретизованим, так і невизначеній їх кількості – наприклад, через соціальні мережі, засоби масової інформації чи відкриті для доступу будь-кого Інтернет-ресурси тощо) відомостей, які, за оцінкою особи, котрої стосуються ці відомості, принижують її честь та гідність, та які вона бажала би зберегти в таємниці або від будь-кого стороннього (наприклад, відомості про певні сторони інтимного життя) або від конкретних осіб чи конкретної особи (наприклад, приховати від роботодавця наявність судимості, чи від іншого члена подружжя – відомості про перенесене в минулому венеричне захворювання). При цьому відомості, розголошенням яких винний шантажує потерпілого, можуть бути як правдивими, так і вигаданими повністю або частково.

Адресатом погрози має бути саме свідок, потерпілий чи експерт. Для кваліфікації злочину за ст. 386 не має значення, чи довів (висловив) винний погрозу до відома адресата безпосередньо й особисто, чи використав для цього інші способи (наприклад, передав через іншу особу, зробив аудіозапис й надіслав медіафайл на електронну адресу потерпілого тощо).

Фактичне виконання винним погроз після їх висловлювання (наприклад, знищення майна потерпілого у кримінальному провадженні, вчинене винним з метою демонстрації рішучості своїх намірів і посилення ефекту залякування інших потерпілих, подолання їхнього опору примушуванню давати неправдиві свідчення) об'єктивною стороною складу передбаченого цією статтею злочину не охоплюється й потребує додаткової кваліфікації за статтями про злочини проти особи чи проти власності.

Погроза вбивством, насильством або знищенням майна, розголошенням відомостей, що ганьблять свідка, потерпілого, експерта або їхніх близьких родичів є не лише способом вчинення примушування як одного з діянь, що утворюють об'єктивну сторону злочину, але й самостійним діянням, яке, вчинене дії з помсти за раніше дані показання чи висновок, утворює окрему форму передбаченого ст. 386 посягання на правосуддя.

Підкуп свідка, потерпілого чи експерта – це пропозиція, обіцянка або надання цій особі матеріальної або іншої вигоди за невиконання (порушення) нею своїх процесуальних обов'язків.

Злочин, передбачений ст. 386, не належить до корупційних. Водночас, щодо встановлення кримінальної відповідальності за підкуп експерта з метою схилити його до відмови від висновку (до давання завідомо неправдивого висновку) зазначена норма є спеціальною щодо ст. 368-4 про відповідальність за підкуп особи, яка надає публічні послуги (провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням послуг експерта). Тому додатково за ст. 368-4 вказані у ст. 386 дії не кваліфікуються. Водночас, прийняття експертом пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди (про поняття *неправомірна вигода* див. ч. 1 ст. 1 Закону «Про запобігання корупції» та коментар до ст. 354) за складання й надання відповідному органу чи службовій особі неправдивого висновку, пов'язані з використанням при цьому наданих йому повноважень в інтересах того, хто вчинив підкуп (пропонував, обіцяв чи надав неправомірну вигоду) або, за тих самих обставин, – в інтересах третьої особи, кваліфікуються за ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 (згідно з приміткою до ст. 45, цей злочин належить до корупційних). Якщо особа, яка вчинила підкуп експерта, схиляла його до одержання неправомірної вигоди (умовлянням, погрозами тощо), її дії слід кваліфікувати як підбурювання (за ч. 4 ст. 27) до злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4.

Злочин характеризується формальним (вчинений у формі погрози – усіченим) складом та вважається *закінченим* з часу вчинення винним хоча б із вказаних у диспозиції ст. 386 діянь. У тих формах його вчинення, які передбачають доведення до відома особи певної інформації (висловлення їй погроз, її підкуп шляхом обіцянки чи пропозиції неправомірної вигоди), закінчення злочину визначається моментом сприйняття такого повідомлення особою. Якщо ж погрозу, пропозицію чи обіцянку було висловлено винним, але адресат її не сприйняв (наприклад, погроза убивством була сформульована у електронному листі, але потерпілий не зміг прочитати надісланий файл внаслідок зараження його комп'ютерним вірусом), вчинене є замахом (ч. 2 ст. 15, ст. 386) на перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку.

Про **обстановку й час** вчинення перешкоджання з'явленню учасника провадження (справи), їх примушування чи підкупу (судове провадження, провадження досудового розслідування, розслідування тимчасових слідчих та спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР), а також про поняття показання свідка, показання потерпілого, висновок експерта див. коментар до ст. 384.

Злочин, вчинений у формі погрози, вчиняється після давання показань або висновку у будь-який час, у т. ч. після закінчення провадження чи розслідування.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка досягла 16 років на момент вчинення діяння. Відносини між винним і потерпілим значення для кваліфікації не мають. Не має значення й те, чи діє винний у особистих інтересах (наприклад, підозрюваний у вчиненні злочину перешкоджає свідку в кримінальному провадженні про цей злочин прибути до слідчого) або в інтересах іншої особи (наприклад, шляхом погроз насильством винний примушує потерпілого відмовитись від свідчень, які вказують на вчинення злочину його товаришем).

Перешкоджання виконання свідком, потерпілим чи експертом своїх обов'язків, вчинене службовою особою (наприклад, начальником щодо підлеглого) з використанням влади або свого службового становища може бути додатково кваліфіковане як злочин у сфері службової діяльності за ст. 364 чи ст. 365 (вчинене військовою службовою особою – за ст. 426-1). Примушування свідка чи потерпілого давати неправдиві показання, вчинені при допиті прокурором, слідчим або працівником підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність шляхом незаконних дій (зокрема погроз убивством, насильством, знищенням майна, розголошенням відомостей, що ганьблять певну особу) кваліфікується лише за ст. 373.

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина у складі перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку завжди виражається у виді прямого умислу. Висловлюючи погрозу в будь-якій формі (словами, жестами, демонстрацією зброї тощо) винний бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що, якщо він буде протидіяти винній особі або не виконає її вимог, цю погрозу буде реалізовано.

Мета злочину, вчиненого у формі примушування або підкупу, є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони. Вона охоплює прагнення винного (як єдиного або альтернативного результату вчинюваних діянь) домогтись відмови свідка, потерпілого чи експерта від виконання своїх процесуальних обов'язків з'явитись до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих чи спеціальної тимчасової слідчої комісії ВР, давати показання (надавати висновки), давати лише правдиві показання (свідок, потерпілий), надавати лише правдиві висновки (експерт). Досягнення цієї мети (неявка свідка до органу досудового розслідування, відмова потерпілого давати показання, надання експертом неправдивого висновку до суду тощо) на кваліфікацію злочину не впливає.

Водночас, при вчиненні примушеною або підкупленою особою таких діянь, як введення в оману суду чи іншого уповноваженого органу шляхом давання завідомо неправдивих показань чи висновку (ст. 384) чи відмова від давання показань чи висновку (ч. 1 ст. 385), дії винного у примушуванні (підкупі) є співучастю (як правило, у виді підбурювання) у вчиненому потерпілим, свідком чи експертом злочині й кваліфікуються додатково за ч. 4 ст. 27 та ч. 1 (ч. 2) ст. 384 або ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 385. Якщо під примусом чи іншим незаконним впливом (крім ненасильницького, зокрема підкупу) учасник провадження порушує свої процесуальні обов'язки, то при кримінально-правовій оцінці вчиненого ним слід ураховувати можливу наявність обставин, які виключають злочинність діяння (статті 39–41).

Суб'єктивна сторона злочину, вчиненого у формі погрози вбивством, насильством, знищенням майна свідка, потерпілого чи експерта чи їх близьких родичів або розголошення відомостей, що їх ганьблять, охоплює **мотив** помсти за раніше дані показання чи висновок.

5.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 386 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Серед учасників кримінального провадження свідок займає особливе місце. Така особливість визначається його роллю й місцем у процесі доказування в кримінальному провадженні, оскільки він є незамінним у кримінальному провадженні. Крім того, більшість із учасників кримінального провадження в подальшому можуть бути допитані як свідки (допит заявника, допит понятого) або в статусі, максимально наближеному до свідка (наприклад, допит експерта). Важливість показань свідків, особливо очевидців, зумовлена тим, що вони безпосередньо сприймали подію злочину або її частину і можуть надати слідчому інформацію, максимально наближену до реальних подій (звісно із врахуванням особливостей сприйняття кожним свідком). Роль експерта у процесі в багатьох випадках є визначальною, оскільки по певних категоріях справ висновок експерта є одним з основних доказів, який неможливо отримати повторно.

Таким чином, перешкоджання явці цих осіб, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку призводять до втрати доказової бази, спотворення результатів досудового розслідування у кримінальному провадженні та підриву авторитету судової та правоохоронної системи держави Цим і зумовлена норма про кримінальну відповідальність за перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку.

Розглянемо загальний **алгоритм розслідування** злочинів цієї категорії.

Більшість проваджень цієї категорії розпочинаються після надходження заяви від потерплого, що щодо нього вчиняються дії, передбачені ст. 386. Слідчий чи черговий зобов'язані прийняти у потерпілого заяву або скласти протокол прийняття усної заяви про злочин та внести відповідні відомості в ЄРДР. Керівнику органу досудового розслідування, призначаючи слідчого, доцільно доручати розслідування тому ж слідчому, який веде основну справу.

Першочерговою слідчою дією є **допит** свідка (потерпілого, експерта) щодо обставин погроз чи підкупу. Під час допиту необхідно встановити:

- час, спосіб та місце коли здійснювалися погрози чи підкуп;
- чи відома потерпілому особа, яка здійснювала погрози чи підкуп;
- наявність свідків погроз чи підкупу;
- у зв'язку з якими саме діями потерпілого здійснювалися погрози чи підкуп.

Якщо потерпілим було зафіксовано розмову з вимагачем на технічний пристрій, слідчий повинен долучити цей доказ до матеріалів кримінального провадження. Слідчий повинен роз'яснити йому процесуальний порядок визнання особи потерпілим, можливість заявлення цивільного позову та інші права, передбачені КПК.

> *Д. достовірно знаючи, що неповнолітній З. є потерпілим у кримінальному провадженні №12016140180000840 від 25.10.2016 р. та його покази стали однією з підстав для повідомлення Д. про підозру у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 3 ст. 357, ч. 3 ст. 189, ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 189 КК та обрання йому запобіжного заходу у виді тримання під вартою, 03.12.2016 р. близько 11 години, погрожував потерпілому З. та примушував його до зміни та дачі неправдивих показів на досудовому слідстві і в суді відносно свого товариша П.*[1]

Якщо під час висловлення погроз чи підкупу були присутні свідки, то слідчий проводить їх допити з приводу тих же обставин, що і потерпілого.

Після проведення допиту потерпілого слідчому доцільно з'ясувати, чи були наявні поблизу місця події камери зовнішнього спостереження, і у випадку їх наявності витребувати в порядку ст. 93 КПК відеозаписи за потрібний період.

Після проведення допитів діяльність слідчого має бути спрямована на встановлення особи, яка погрожувала чи підкупляла свідка. Для цього, якщо погрози здійснювалися через телефон, слідчий за погодженням з прокурором звертається до слідчого судді із клопотанням про **тимчасовий доступ** до речей і документів, які містять охоронювану законом, під час якого встановлює місце, час вхідних і вихідних з'єднань потерпілого, дані абонента (особи, що здійснювала погрози), номер його телефону, IMEI-код мобільного пристрою.

Якщо погрози чи підкуп здійснювалися особисто, доцільно провести **пред'явлення особи для впізнання** за фотознімками. Для цього слідчому необхідно отримати фотознімки осіб, які можуть бути причетними до вчинення злочину (підозрюваний в основному кримінальному провадженні, його знайомі, члени злочинного угруповання). Для отримання фотознімків, в сучасних умовах, доцільно використовувати соціальні мережі, інтернет-ресурси, відповідні криміналістичні обліки. Огляд веб-сторінок можна проводити або у формі гласної дії – слідчого огляду веб-сторінки, або у формі негласної дії – зняття інформації з електронних систем (в порядку ч. 2 ст. 265 КПК). В протоколі огляду змісту веб-сторінок, окрім відомостей, що зазначені в ст. 104 КПК, обов'язково має вказуватись інформація про доменне ім'я, а також IP-адресу з DNS-серверу. Веб-сторінку, що оглядається, необхідно роздрукувати за допомогою службового принтера та додати до протоколу огляду, як невід'ємний додаток, із зазначенням серійного номера, назви та моделі принтера.

Після цього слідчий проводить підготовку до пред'явлення особи для впізнання за фотознімками. Зокрема, готує фото таблицю, на якій розміщуються фотознімки у кількості не менше трьох, кожен знімок нумерується, засвідчується печаткою слідчого. На фототаблиці зазначається, що вона є додатком до протоколу пред'явлення для впізнання, вказується дата складення цього протоколу. Біля самих фотознімків не повинно бути жодних позначок, написів тощо. Перед початком пред'явлення для впізнання слідчий повідомляє понятим (і тільки їм), під яким номером значиться впізнаваний

---

[1] Вирок Городоцького районного суду Львівської області від 07.06.2018 року у справі №441/147/171-кп/441/12/2018 // Архів Городоцького районного суду Львівської області

об'єкт, про що згодом робиться позначка у протоколі слідчої дії, а вже після цього впізнавач у присутності понятих вказує, на якому фотознімку зображено впізнаний ним об'єкт.

Після встановлення особи прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить **допит підозрюваного.** Під час допиту необхідно встановити:

- час, спосіб та місце коли здійснювалися погрози чи підкуп;
- хто попросив підозрюваного вчинити ці дії чи це була його власна ініціатива;
- наявність співучасників;
- чи надавалась чи обіцялась вигода за вчинення злочину;
- звідки підозрюваний взнав відомості, що ганьблять свідка (потерпілого, експерта).

Як приклад правильно проведеного допиту та з'ясування максимальних даних про подію можна навести наступну справу.

> *У вечірній час доби, у 20 числах лютого 2018 р., Б. знаходився на початку вулиці Курчатова м. Слов'янська. Він підійшов до Й. та Ч. та шляхом виказування словесних погроз та погрожуючи розголошенням відомостей, що ганьблять останніх, схиляв їх до відмови від наданих на досудовому розслідуванні показань та зміні їх на такі, що підтвердять непричетність Б. до вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК у кримінальному провадженні №12017050510002328 від 12.09.2017 р. В подальшому свідки Й. та Ч. , знаходячись під психологічним впливом Б., який був спрямований на схиляння їх до відмови від правдивих показань та давання завідомо неправдивих показань, здійснений шляхом погрози розголошення відомостей, що ганьблять їх, 02.03.2018 р., знаходячись у залі судового засідання Слов'янського міськрайонного суду Донецької області, змінили та надали нові покази стосовно дії Б*[1].

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

Як свідчить судова практика, більшість справ цієї категорії надходить до суду із угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469-472 КПК.

5.9. Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування (ст. 387 КК) *(Д. Калмиков)*

Мета кримінально-правової заборони.

Сучасне кримінальне процесуальне законодавство та законодавство про ОРД закріплює загальне правило, згідно з яким дані ОРД та відомості досудового розслідування не підлягають розголошенню. Забезпечення збереження у таємниці даних ОРД та досудового розслідування має сприяти ефективному пошуку та фіксації фактичних даних про кримінальні правопорушення, успішній реалізації інших завдань ОРД, швидкому, повному та неупередженому розслідуванню кримінальних правопорушень.

Передчасне та неконтрольоване розголошення цієї інформації призводить до розкриття форм і методів сучасної тактики реалізації ОРД (що в цілому підриває діяльність відповідних підрозділів), може завадити оперативному встановленню та розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, призвести до втрати доказів (їх можуть знищити виконавці, їх співучасники, а також інші особи, зацікавлені в результатах кримінального провадження), дозволити особам, причетним до вчинення кримінального правопорушення, вжити адекватних заходів протидії викриттю їхньої злочинної діяльності, обумовити «тиск» (психологічний, фізичний) на осіб, які провадять ОРД чи забезпечують досудове розслідування (слідчого, прокурора), завдати шкоди правам, свободам та законним інтересам потерпілого, свідка чи інших учасників кримінального провадження. Приписи ст. 387 покликані не допустити такої ситуації та забезпечити неухильне дотримання правил поводження з даними ОРД та досудового розслідування.

---

[1] Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 7 травня 2018 року у справі №1-кп/243/495/2018. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73824176

Правила поводження з даними ОРД (поза межами кримінального провадження).

У Законі «Про оперативно-розшукову діяльність» немає норми, яка б закріплювала загальне правило, згідно з яким всі дані ОРД не підлягають розголошенню чи становлять таємницю, що говорить про певну неузгодженість ст. 387 із законодавством про ОРД. Утім, зі змісту статей 9 і 11 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» випливає, що не підлягають розголошенню: 1) відомості про вжиття заходів безпеки; 2) відомості про осіб, взятих під захист; 3) відомості, розголошення яких може зашкодити інтересам людини, слідству чи безпеці України; 4) відомості, зібрані під час проведення ОРД; 5) інформація про проведення щодо певної особи ОРД (до прийняття рішення за результатами такої діяльності); 6) результати ОРД, які становлять державну таємницю; 7) відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини.

Таким чином, під неправомірним розголошенням даних ОРД, яка провадиться поза межами кримінального провадження, слід розуміти випадки розголошення лише тих категорій інформації, які зазначені у частинах 10, 13 ст. 9 та ч. 3 ст. 11 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність». Інша справа, що зазначеними категоріями охоплюється практично весь спектр інформації, пов'язаної з проведенням ОРД, що загалом й правильно.

У Законі «Про оперативно-розшукову діяльність» не передбачено обов'язку осіб, які провадять ОРД, попереджувати інших осіб про неприпустимість розголошення даних ОРД. Відтак, законодавство про ОРД дещо не узгоджене зі ст. 387, зі змісту якої випливає, ніби особа, яка провадить ОРД, повинна попередити інших осіб про неприпустимість розголошення даних ОРД. Обов'язок щодо збереження у таємниці цієї інформації випливає безпосередньо із закону. Зокрема, у ч. 3 ст. 11 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» зазначено, що особи, які залучаються до виконання завдань ОРД, зобов'язані зберігати *таємницю, що стала їм відома*[1].

Не містить Закон «Про оперативно-розшукову діяльність» й чітких правил щодо правомірного розголошення даних ОРД (особливо в контексті тих осіб, які не провадять ОРД). Зокрема, у Законі «Про оперативно-розшукову діяльність» немає ані слова про те, що для розголошення тих чи інших даних ОРД необхідно отримати письмовий дозвіл особи, яка провадить ОРД. Між тим, зі змісту ст. 387 випливає, ніби такий обов'язок існує.

З даними ОРД, яка провадиться у межах кримінального провадження, слід поводитися відповідно до правил КПК, оскільки в такому випадку вони набувають статусу «відомостей досудового розслідування».

Правила поводження з відомостями досудового розслідування.

Зі змісту ст. 222 КПК та низки інших норм кримінального процесуального законодавства (статті 15, 27, 42, 46, 47, 56, 57, 64-1, 64-2 ,66, 68, 69, 71, 72, 107, 246, 254, 262, 263, 269-1 КПК) випливає, що вся інформація про хід, учасників та результати досудового розслідування не підлягає розголошенню.

З метою забезпечення збереження цієї інформації у таємниці слідчий або прокурор *зобов'язаний* попередити *всіх осіб*, яким стали відомі відомості досудового розслідування, у зв'язку з участю в ньому, про їх обов'язок не розголошувати такі відомості без його дозволу (ч. 2 ст. 222 КПК). Розголошення відомостей досудового розслідування за відсутності такого попередження є порушенням вимог закону, але до кримінальної відповідальності за ст. 387 такі особи притягнуті бути не можуть.

Відомості досудового розслідування можна розголошувати лише з *письмового дозволу* слідчого або прокурора і в тому *обсязі, в якому вони визнають можливим* (ч. 1 ст. 222 КПК).

Правила поводження з відомостями досудового розслідування поширюються й на всі дані ОРД, що здійснюється в межах кримінального провадження (йдеться про слідчі/розшукові дії, що здійснюються співробітниками оперативних підрозділів за письмовим дорученням слідчого, прокурора, детектива або прокурора САП).

Правила поводження з даними ОРД та відомостями досудового розслідування працівниками оперативно-розшукового органу, слідчими, прокурорами та суддями.

На жаль, ні законодавство про ОРД, ні кримінально-процесуальне законодавство не встановлюють чітких правил поводження з даними ОРД та відомостями досудового розслідування (крім інформації, що становить державну таємницю або стосується особистого життя, честі, гідності

[1] Що саме у цій нормі мається на увазі під «таємницею» Закон «Про оперативно-розшукову діяльність» відповіді не дає.

людини) працівниками оперативно-розшукового органу, слідчими, прокурорами та суддями. Зокрема, залишаються відкритими такі питання: під час яких процесуальних заходів чи процедур «в принципі» допускається оприлюднення такої інформації? В яких межах така інформація може бути оприлюднена? Хто встановлює ці межі? Яких заходів слід вжити для того, щоб така інформація не стала відома стороннім особам? Чи повинні працівники оперативно-розшукового органу, слідчі, прокурори та судді отримувати дозвіл на розголошення такої інформації? Якщо «так», то хто уповноважений надавати такий дозвіл? Всі ці питання породжують ситуацію правової невизначеності у питаннях правомірного/неправомірного поводження з даними ОРД та відомостями досудового розслідування такими категоріями осіб, що значною мірою знижує потенціал частин 2, 3 ст. 387.

Предмет злочину.

Особливістю конструювання ст. 387 є те, що в ній описано не один, а два самостійні основні склади злочину (див. частини 1 і 2). **Предметом** обох основних складів злочину є: а) дані ОРД; б) дані досудового розслідування.

Дані ОРД – це будь-яка інформація про хід, учасників та результати ОРД, яку не можна розголошувати відповідно до вимог Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» чи КПК.

До інформації про хід, учасників і результати ОРД, що здійснюється в межах кримінального провадження (йдеться про слідчі/розшукові дії, що здійснюються співробітниками оперативних підрозділів за письмовим дорученням слідчого, прокурора, детектива або прокурора САП), застосовуються правила ст. 222 КПК, оскільки така інформація одночасно є і «даними ОРД», і «відомостями досудового розслідування».

> *У 2017 р. Київський районний суд м. Полтави притягнув до кримінальної відповідальності за ст. 387 КК особу, яка розголосила дані ОРД*[1].

Дані досудового розслідування – це будь-яка інформація про хід, учасників та результати досудового розслідування, яку не можна розголошувати відповідно до вимог КПК. Зі змісту КПК випливає, що не підлягає розголошенню абсолютно вся інформація, яка стала відома:

а) будь-якому учаснику кримінального провадження у зв'язку з його участю у кримінальному провадженні;

б) слідчому, прокурору чи судді незалежно від того, чи приймала ця особа безпосередню участь в ОРД чи досудовому розслідуванні.

> *Вже мали місце випадки притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 387 КК осіб, які розголосили інформацію про початок проведення досудового розслідування*[2]*, про проведення судово-медичної експертизи*[3]*, про зміст окремих матеріалів справи (про наявність у матеріалах справи копій договору та товарно-транспортних накладних, а також їхній зміст)*[4]*, про час, місце та перебіг проведення обшуку, його результати, а також інші відомості досудового розслідування (зокрема, суть підозри, встановлені обставини інкримінованого підозрюваним злочину, зміст і обсяг отриманих доказів)*[5].

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони злочини, передбачені частинами 1 і 2 ст. 387, полягають у неправомірному *розголошенні* інформації про хід або результати ОРД чи досудового розслідування, що включає в себе такі обов'язкові ознаки:

Діяння – дії чи бездіяльність особи, спрямовані на передавання хоча б одній іншій особі інформації про хід, учасників або результати ОРД чи досудового розслідування. Йдеться про

---

[1] Вирок Київського районного суду м. Полтави від 17 липня 2017 р. у справі №552/4036/17 (провадження №1-кп/552/284/17). ЄДРСР:: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67766502

[2] Вирок Косівського районного суду Івано-Франківської області від 20 грудня 2017 р. у справі №347/1873/17 (провадження №1-кп/347/159/17). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71095531.

[3] Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 12 липня 2017 р. у справі №161/10033/17 (провадження №1-кп/161/568/17). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67743650.

[4] Вирок Сихівського районного суду м. Львова від 2 березня 2018 р. у справі №464/961/18 (провадження №1-кп/464/220/18). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72598422.

[5] Вирок Богунського районного суду м. Житомира від 5 грудня 2016 р. у справі №295/12401/16-к (провадження №1-кп/295/543/16). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/63156210.

намагання винного передати таку інформацію усно (під час безпосередньої бесіди, телефоном чи за допомогою інших засобів зв'язку), письмово (традиційне листування, передавання записки, залишення письмового повідомлення на певних речах тощо), за допомогою сучасних можливостей комп'ютерної техніки та можливостей Інтернет [електронне листування, обмін повідомленнями у соціальних мережах, публікація такої інформації в місцях (сайти, блоги, особисті сторінки тощо), доступних для перегляду іншими особами тощо], за допомогою невербальних засобів спілкування (міміка, пантоміміка, жести, поза тощо) або будь-яким іншим чином (за допомогою конклюдентної поведінки, шляхом зображення певних малюнків тощо). Як правило, з метою передавання такої інформації особа вчиняє певні дії (говорить, пише, відправляє листи, публікує інформацію тощо). Утім, це не виключає можливості здійснення такого інформування й за допомогою заздалегідь обумовленої бездіяльності особи (відмова від надання певних свідчень, невиконання певних завдань, не вчинення тих дій, які особа традиційно вчиняє, тощо).

Наслідки – поінформованість хоча б однієї сторонньої особи про хід, учасників або результати ОРД чи досудового розслідування. Факт розголошення певної інформації може бути констатований лише після того, як буде доведено, що внаслідок конкретних дій винного хоча б одна інша особа сприйняла та усвідомила зміст відповідної інформації. Якщо ж через певні об'єктивні чи суб'єктивні обставини особа не отримала (збій у роботі комп'ютерної техніки чи програмного забезпечення, проблеми у роботі пошти тощо), не сприйняла (глухість, невміння читати, незнання мови тощо) або хоч і сприйняла, але не усвідомила (малолітство, особливості інтелектуального розвитку, психічна хвороба, перебування у стані сильного алкогольного сп'яніння тощо) змісту відповідної інформації, то розголошення як такого не відбулося.

Причиновий зв'язок між діянням винного та наслідками, що настали. Поінформованість хоча б однієї сторонньої особи про хід або результати ОРД чи досудового розслідування має бути результатом саме тих дій/бездіяльності, яких вжив винний для інформування відповідної особи. Якщо ж особа не сприйняла чи не усвідомила змісту тієї інформації, яку їй намагався передати правопорушник, але потім отримала її з інших джерел, то відповідальність такої особи за розголошення виключається.

> *8 вересня 2015 р. вихователька комунального навчального закладу «Житомирська спеціалізована ЗОШ-інтернат» всупереч заборони слідчого та вимог ст. 222 КПК (за відсутності відповідного дозволу) з метою сприяння в ухиленні від кримінальної відповідальності повідомила підозрюваним у кримінальному провадженні інформацію про час, місце та перебіг проведення працівниками УСБУ в Житомирській області слідчої дії (обшуку), його результати, а також інші відомості досудового розслідування (зокрема, зміст підозри, встановлені обставини інкримінованого підозрюваним злочину, зміст і обсяг отриманих доказів)*[1].

Злочини, описані частинами 1 і 2 ст. 387, є *закінченими* з моменту виникнення поінформованості хоча б у однієї сторонньої особи про хід або результати ОРД чи досудового розслідування. Якщо ж діяння, спрямоване на передавання інформації про хід або результати ОРД чи досудового розслідування, не зумовило такої поінформованості, то винний може бути пригнутий до кримінальної відповідальності лише за готування або замах на цей злочин.

Якщо особа вчинила певні дії чи бездіяльність, спрямовані на передавання іншим особам інформації про хід або результати ОРД чи досудового розслідування (відправила звичайного листа, написала та відправила повідомлення за допомогою електронної пошти чи меседжерів, опублікувала пост тощо), але потім своєю активною поведінкою завадила тому, щоб адресат цю інформацію отримав (лист, відправлений традиційною поштою, вдалося забрати з установи, яка надає поштові послуги, з поштової скриньки самого адресата тощо; повідомлення, відправлене за допомогою електронної пошти, вдалося видалити ще до того, як адресат його прочитав (як правило, для цього необхідно отримати доступ до комп'ютера адресата); повідомлення у меседжері (наприклад, у *Viber*) чи пост у соціальній мережі вдалося видалити ще до того, як його прочитав хтось із користувачів цих засобів комунікації), то така особа не підлягає кримінальній відповідальності (ст. 17 КК).

Обов'язковою умовою притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 387 є те, що розголошення інформації про хід або результати ОРД чи досудового розслідування має бути неправомірним.

---

[1] Вирок Богунського районного суду м. Житомира від 5 грудня 2016 р. у справі №295/12401/16-к (провадження №1-кп/295/543/16). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/63156210.

У контексті ч. 1 ст. 387 розголошення такої інформації може бути визнане ***неправомірним*** лише за сукупності таких умов:

1) розголошено той вид інформації про хід, учасників або результати ОРД чи досудового розслідування, яку відповідно до вимог Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» чи КПК цим особам розголошувати не можна (тому у процесуальних документах обов'язково має бути посилання на ту норму, яка говорить про неприпустимість такого розголошення);

2) ще до моменту розголошення інформації про хід, учасників або результати ОРД чи досудового розслідування особа була попереджена про обов'язок не розголошувати таку інформацію;

3) на момент розголошення цієї інформації особа не мала письмового дозволу прокурора, слідчого або особи, яка провадила ОРД, на розголошення інформації про хід або результати ОРД (в принципі), або хоч і мала такий дозвіл, але розголосила ту інформацію, на розголошення якої у неї дозволу не було (тобто, вийшла за межі дозволеного).

У контексті ч. 2 ст. 387 ***неправомірним*** є розголошення суддею, прокурором, слідчим чи працівником оперативно-розшукового органу інформації про хід або результати ОРД чи досудового розслідування, якщо воно відбулося:

1) поза межами заходів ОРД чи відповідного кримінального провадження (як правило, така інформація передається особам, які не мають стосунку до реалізації відповідних заходів ОРД, слідчих/розшукових або інших заходів, що вживаються в межах кримінального провадження);

2) хоч і у межах заходів ОРД чи відповідного кримінального провадження, але за відсутності реальної потреби (з огляду на зміст, цілі і завдання відповідного заходу) у розголошенні/поширенні/оприлюдненні такої інформації (наприклад, у відкритому судовому засіданні, де вирішувалося питання про обрання підозрюваному запобіжного заходу, слідчим чи прокурором оприлюднено інформацію про заплановані заходи ОРД, про плани щодо реалізації слідчих/розшукових дій, про особливості інтимного життя учасника провадження, його подружню зраду тощо).

При цьому відсутність належним чином врегульованого порядку поводження з такою інформацією працівниками оперативно-розшукових органів, слідчими, прокурорами та суддями суттєво заважає ефективній реалізації приписів частин 2, 3 ст. 387 на практиці.

Розголошення інформації про хід або результати ОРД чи досудового розслідування може спричинити низку **похідних наслідків**: завадити встановленню та розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, призвести до втрати доказів, посприяти ухиленню від відповідальності інших осіб, причетних до вчинення кримінального правопорушення, обумовити тиск на осіб, які провадять ОРД чи забезпечують досудове розслідування, завдати шкоди правам, свободам та законним інтересам потерпілого, свідка чи інших учасників кримінального судочинства тощо. Утім, ці наслідки перебувають за межами юридичних складів описуваних злочинів, а тому на кваліфікацію вчиненого не впливають (хоча й повинні бути враховані судом під час індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання).

Час, місце, спосіб, знаряддя, засоби та обстановка вчинення цих злочинів для кваліфікації вчиненого значення не мають.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт обох основних складів злочину – спеціальний. У складі злочину, описаного ч. 1 ст. 387, це особа, яка відповідає сукупності двох ознак: а) отримала будь-які відомості про хід, учасників або результати ОРД чи досудового розслідування у зв'язку з правомірною участю у цих процедурах у певному статусі (особа, залучена до виконання завдань ОРД; особа, яка сприяє оперативним підрозділам у здійсненні ОРД; особа, яка була присутня під час здійснення ОРД або проведення слідчих/розшукових дій (понятий, педагог, лікар, психолог тощо), учасники кримінального провадження (захисник, потерпілий, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, цивільний позивач, підозрюваний, обвинувачений[1] тощо); б) була попереджена слідчим або прокурором про її обов'язок не розголошувати такі відомості.

---

[1] Недосконалість положень КПК в частині визначення кола суб'єктів, яким заборонено розголошувати відомості ОРД чи досудового розслідування, призвела до дискусії про те, чи є суб'єктом цього злочину підозрювані та обвинувачені. З одного боку, зі змісту ст. 222 КПК випливає, що її приписи поширюються на всіх учасників досудового розслідування, а тому підозрюваний та обвинувачений для розголошення відомостей досудового розслідування (так само як й інші учасники кримінального провадження) повинні отримати від слідчого чи прокурора дозвіл на їхнє розголошення. З іншого боку, у ст. 42 КПК серед

Практиці реалізації ст. 387 відомі випадки притягнення до кримінальної відповідальності за розголошення такої інформації потерпілими[1], свідком[2] та собою, у приміщенні якої проводився обшук[3].

Суб'єктом складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 387, є суддя, прокурор, слідчий та працівник оперативно-розшукового органу, незалежно від того, чи брала ця особа безпосередню участь в ОРД чи досудовому розслідуванні.

11 серпня 2016 р. спеціаліст 1 категорії сектору радіоконтррозвідки відділу оперативно-технічних заходів УСБУ в Полтавській області, який межах своїх професійних обов'язків був залучений до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, без будь-яких пояснень залишив місце розташування свого підрозділу та пішов на зустріч зі своїм знайомим на прізвисько «Коля Соловей» або «Коля Малой». Під час зустрічі співробітник СБУ розголосив дані ОРД, які до того ж є й державною таємницею. Дії винного було кваліфіковано за сукупністю злочинів, передбачених статтями 387 та 328 КК[4].

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина у злочинах, передбачених частинами 1 і 2 ст. 387, характеризуються умислом. Особа знає, що їй заборонено розголошувати такі відомості, усвідомлює, що в результаті її дій/бездіяльності ці відомості стануть відомими іншим особам, та бажає цього.

Мета та мотив учинення цих злочинів для кваліфікації вчиненого значення не мають, хоча й мають бути враховані в межах індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Кваліфікований склад злочину.

У ч. 3 ст. 387 закріплено кваліфікований склад злочину, утворений за допомогою додавання до ознак основного складу злочину, описаного ч. 2 цієї статті, кваліфікуючої ознаки «якщо розголошені дані ганьблять людину, принижують її честь і гідність».

Додатковим обов'язковим об'єктом складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 387, є честь і гідність потерпілого. Розголошення відповідної інформації призводить до підриву авторитету (іміджу, реноме) цієї людини у суспільстві, принижуючи її честь та/або гідність.

Питання про те, чи ганьблять людину розголошені дані, чи принижують вони її честь або гідність, має вирішуватися у конкретному кримінальному провадженні з урахуванням усіх обставин справи (яку саме інформацію розголошено, наскільки ця інформація є такою, що здатна принизити честь або гідність людини, як цей факт оцінює потерпіла особа тощо).

Предметом кваліфікованого складу злочину є ***дані, які ганьблять людину, принижують її честь і гідність*** – будь-яка інформація про людину, її вчинки або вчинки щодо неї, які вона бажає зберегти у таємниці, а її розголошення підриває її суспільний авторитет чи принижує честь або гідність. До таких даних може належати, як правило, неправдива, а іноді достовірна інформація про фінансовий стан потерпілого та його родини, особливості його роботи та побуту, про стан його здоров'я, отримані травми чи опіки (захворювання на венеричну хворобу, психічне захворювання, понівеченість тіла тощо), про фізіологічні особливості тіла (особливості розвитку, шрами тощо), про попередні аморальні вчинки цієї людини (кримінальний аборт, передача власної дитини до дитячого будинку, подружня зрада, зрада друга чи іншої близької людини, наклеп на інших осіб, лихослів'я,

---

обов'язків підозрюваного та обвинуваченого не закріплено вимогу про неприпустимість розголошення відомостей досудового розслідування. Більше того, на думку певних правників, право на розголошення відомостей досудового розслідування є похідним від права на захист та низки інших засад кримінального провадження.

На нашу думку, при вирішення цього питання слід виходити з того, що загальні норми про неприпустимість розголошення відомостей досудового розслідування (ст. 222 КПК) поширюються й на підозрюваного та обвинуваченого, а отже останні є суб'єктами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 387 КК.

[1] Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 12 липня 2017 р. у справі №161/10033/17 (провадження №1-кп/161/568/17). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67743650; Вирок Косівського районного суду Івано-Франківської області від 20 грудня 2017 р. у справі №347/1873/17 (провадження №1-кп/347/159/17). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71095531.

[2] Вирок Сихівського районного суду м. Львова від 2 березня 2018 р. у справі №464/961/18 (провадження №1-кп/464/220/18). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72598422.

[3] Вирок Богунського районного суду м. Житомира від 5 грудня 2016 р. у справі №295/12401/16-к (провадження №1-кп/295/543/16). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/63156210.

[4] Вирок Київського районного суду м. Полтави від 17 липня 2017 р. у справі №552/4036/17 (провадження №1-кп/552/284/17). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67766502.

заняття проституцією тощо) чи певні вчинки щодо неї (наприклад, інформація про те, що особа була жертвою ґвалтівника чи педофіла, тощо іншого насильства), про нібито нетрадиційну статеву орієнтацію такої людини, інші інтимні сторони її життя тощо.

Потерпілим від злочину, передбаченого ч. 3 ч. 3 ст. 387, може будь-яка людина, честі та гідності якої було завдано шкоди в результаті розголошення суддею, прокурором, слідчим чи працівником оперативно-розшукового органу даних ОРД чи досудового розслідування. Для кваліфікації вичиненого за цією нормою не має значення, чи була така особа учасником кримінального провадження, її процесуальний статус у ньому тощо.

Суб'єктивна сторона цього складу злочину вимагає усвідомлення винним факту, що розголошення таких відомостей може зганьбити людину, принизити її честь або гідність.

Особливості кваліфікації та типові помилки у кваліфікації злочину.

Випадки розголошення даних ОРД чи досудового розслідування, які становлять державну, комерційну, банківську або іншу охоронювану законом таємницю за наявності до того підстав слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: за ст. 387 КК та відповідною статтею, що передбачає кримінальну відповідальність за розголошення даних, що становлять таку таємницю (зокрема, за статтями 111, 114, 145, 159, 168, 232, 328, 422).

Практика реалізації заборони, найбільш поширені способи («схеми») вчинення злочину та проблеми у правозастосуванні

1. Попри загальновідомий факт, що в Україні надзвичайно поширене явище розголошення даних ОРД чи досудового розслідування (особливо з боку працівників правоохоронних органів і суду) ст. 387 як була, так і залишається «мертвою» (наразі в ЄДРСР міститься лише п'ять обвинувальних вироків за цією статтею). Причиною такої ситуації є надзвичайно низька ефективність органів, які повинні виявляти та розслідувати відповідні злочини, а також недосконаліть правового регулювання в контексті визначення правил/процедур поводження з такою інформацією.

2. У ЄДРСР немає жодного обвинувального вироку, яким би до кримінальної відповідальності було притягнуто працівника оперативно-розшукового органу, слідчого, прокурора чи суддю, який здійснював розголошення даних ОРД чи досудового розслідування корупційних злочинів чи здійснив таке розголошення у зв'язку з отриманням від зацікавленої особи неправомірної вигоди. Загалом, наразі в ЄДРСР міститься лише один вирок за ст. 387, яким було притягнуто до кримінальної відповідальності працівника оперативно-розшукового органу (СБУ) за розголошення даних ОРД зацікавленим у цьому особам. При цьому з матеріалів справи випливає, ніби це було зроблено «просто так».

3. Зміст злочинів, описаних ст. 387, дозволяє стверджувати, що навіть після налагодження ефективної роботи правоохоронних органів щодо виявлення, розкриття та розслідування фактів розголошення даних ОРД чи досудового розслідування якихось складних алгоритмів учинення цих злочинів чи специфічних корупційних «схем» скоріше за все виявлено не буде. Учасники досудового розслідування й надалі розголошуватимуть таку інформацію будь-якими доступними/зручними для них засобами (переважно з метою сприяння ухиленню від відповідальності іншими особами, причетними до вчинення того чи іншого злочину), а працівники правоохоронних органів і суду – з метою отримання неправомірної вигоди (прямої чи опосередкованої) за надану «допомогу».

5.10. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 387 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Інформація, яку збирають під час розслідування кримінальної справи, має різні джерела надходження. Вона може бути отримана під час проведення певної слідчої дії, оперативним або іншим шляхом. Ця інформація може мати доказове, процесуальне або тактичне значення. Обов'язок зберігати таємницю досудового розслідування передбачений у ст. 222 КПК, згідно з якою відомості досудового розслідування можна розголошувати лише з письмового дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим. Це забезпечує ефективність тактичних прийомів, без яких викриття злочинця було б малоперспективною справою, дотримання таємниці носить принциповий характер для інтересів розслідування.

Важливість збереження таємниці досудового слідства пов'язана з тим, щоб у практиці правоохоронних органів уникнути випадків, які мають місце, коли внаслідок невжиття заходів щодо її збереження була розголошена інформація, отримана під час слідства, що у свою чергу призводило до значних збитків і компрометації людей, заподіяння їм моральної шкоди.

Існування цієї заборони зумовлено тим, що передчасне розголошення даних слідства, тобто повідомлення цих даних третім особам в усній бесіді, публічному виступі, пресі тощо, може скомпрометувати людину, негативно вплинути на розкриття злочину, викриття винних, оскільки обізнаність окремих зацікавлених осіб чи цілих організованих злочинних угрупувань про те, у якому напрямі йде розслідування, які конкретно слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії будуть виконуватися, дозволить їм активно протидіяти зусиллям слідчого та оперативних підрозділів, перешкоджати досягненню завдань кримінального провадження шляхом знищення документів, речових доказів, переховування викраденого майна, залякування чи навіть знищення осіб, які можуть бути свідками чи потерпілими в справі, створення умов для ухилення осіб, причетних до вчинення злочину, від слідства і суду тощо.

Основним мотивом розголошення таємниці досудового слідства є дезорганізація роботи правоохоронних органів, оскільки це дає можливість безпосередньо впливати, наприклад, на процес розслідування. Іншими є: корисливий мотив; страх за себе (шантажування, погроза, фізичний або психічний вплив); страх за своїх близьких (погроза, різні види насилля); зведення рахунків із певними особами (компрометація, заздрість, неприязнь, помста).

При цьому особи, які розголошують таємницю досудового розслідування, мають на меті: отримання матеріальної вигоди за надану інформацію; уникнення розголошення певних відомостей; уникнення певного впливу (тиску); отримання відомостей про хід і результати оперативно-розшукових заходів та розслідування злочинів, про учасників кримінального процесу, про заходи безпеки, що здійснюються щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві з метою протидії, погроз, шантажу, підкупу тощо.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Розголошення таємниці відбулось особою, попередженою в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати такі дані.

Закон не передбачає обов'язкової письмової форми попередження слідчим (прокурором) осіб, які брали участь у провадженні слідчих дій або були присутніми при цьому, про обов'язок не розголошувати без його дозволу даних досудового слідства. В процесуальній літературі сформульована думка, що попередження про недопустимість розголошення і дозвіл на розголошення (якщо такий було надано) доцільно фіксувати в протоколі певної слідчої (розшукової) дії, результати якої слідчий, прокурор забороняє розголошувати, або в окремому протоколі чи іншому документі. Крім того, слідчий, прокурор може відібрати від будь-якої особи підписку про нерозголошення даних, незалежно від процесуального статусу, як учасника слідчої (розшукової) дії, джерела чи способу отримання ними даних про досудове розслідування. Така підписка може відбиратися в осіб, які не є учасниками слідчої дії, але були залучені до її проведення (працівники конвойної служби, судової охорони, статисти під час пред'явлення до впізнання).

Виявлення факту розголошення таємниці, як правило, не становить складнощів. Після отримання інформації, що стороннім особам стала відома таємниця досудового розслідування, слідчий зобов'язаний внести відомості в ЄРДР та встановити, хто і в якому обсязі володів цією таємницею і міг її розголосити. З цією метою слідчий ознайомлюється з протоколами проведених слідчих дій, вивчає коло осіб, які були залучені до їх проведення.

Наступними слідчими діями у цій категорії справ є **допит** осіб, які були попереджені про нерозголошення таємниці з метою встановлення їх причетності до розголошення інформації. Під час допитів необхідно встановити: чи розголошувалась особою таємниця досудового розслідування; кому особа повідомила цю інформацію; чи здійснювався на особу тиск щодо розголошення інформації; чи пропонувалася вигода за розголошення таємниці досудового розслідування.

Подальшою процесуальною дією у цій категорії справ може бути **тимчасовий доступ** до речей і документів (якщо розголошення інформації відбулось за допомогою телефонного зв'язку) з метою отримання інформації, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у т.ч. отримання послуг, їх тривалості, змісту.

Як приклад розголошення таємниці досудового розслідування можна навести наступний.

> *Під час досудового розслідування на виконання ухвали слідчого судді слідчим за участю Б. було проведено обшук у домоволодінні за місцем реєстрації підозрюваних, внаслідок чого Б. стали відомі відомості щодо проведеної слідчої дії та дані досудового розслідування у кримінальному провадженні №22015060000000017. Під час обшуку слідчий роз'яснив Б. вимоги ст. 66 КПК про її обов'язок не розголошувати відомості щодо проведеної процесуальної дії. Безпосередньо після обшуку слідчий роз'яснив Б. вимоги ст. 222 КПК та попередив останню про обов'язок не розголошувати без дозволу прокурора або слідчого відомості досудового розслідування у цьому кримінальному провадженні, що стали їй відомі під час проведеного обшуку, про що Б. власноруч склала відповідну розписку.*
>
> *Цього ж дня, о 12 годині 07 хвилин та о 12 годині 16 хвилин, Б. з метою сприяння підозрюваним в ухиленні від кримінальної відповідальності, здійснила з власного абонентського номеру телефонний дзвінок на абонентський номер підозрюваного та під час розмови повідомила про час, місце та перебіг проведення працівниками УСБУ в Житомирській області слідчої дії – обшуку, його результати, а також інші відомості досудового розслідування у кримінальному провадженні, зокрема: суть підозри, встановлені обставини інкримінованого підозрюваним злочину, зміст і обсяг отриманих доказів*[1]**.**

В сучасних умовах розголошення інформації часто здійснюється через соціальні мережі. У такому випадку необхідно провести такий різновид слідчого огляду, як **огляд веб-сторінки.** Слідчим рекомендується здійснювати зазначений тип огляду у службовому кабінеті з використанням службового комп'ютера, на якому встановлено ліцензійне програмне забезпечення та організовано доступ до мережі Інтернет. У протоколі огляду слід зазначити серійний номер службового комп'ютера, назву та версію операційної системи, якою керується даний комп'ютер, назву та версію програми-браузера, за допомогою якої здійснюється доступ до мережі Інтернет. У браузері мають бути відключені усі додатки та надбудови, що можуть змінити вигляд веб-сторінки, яка оглядається. Основними реквізитами такого електронного документа можуть бути адреса у мережі Інтернет, на якій розміщено веб-сторінку; назва веб-сайту, назва публікації; основний текст публікації; прикріплені зображення та аудіо- чи відеофайли; відомості про автора публікації. В протоколі огляду змісту веб-сторінок, окрім відомостей, що зазначені в ст. 104 КПК, обов'язково має вказуватись інформація про доменне ім'я, а також IP-адреси з DNS-серверу. Веб-сторінку, що оглядається, необхідно роздрукувати за допомогою службового принтера та додати до протоколу огляду як невід'ємний додаток, із зазначенням серійного номера, назви та моделі принтера. Альтернативним засобом фіксації веб-сторінки є збереження її у форматі html засобами програми-браузера, з подальшим записом такого файлу на диск.

> *О 20-ій годині 13 червня 2017 р. С. – потерпілий у кримінальному провадженні, будучи попередженим у встановленому законом порядку про обов'язок не розголошувати дані досудового розслідування, з власного акаунта в загальнодоступній соціальній мережі «Facebook», за посиланням https://www.facebook.com/ denis.polisuk1?frer=nf, розмістив постанову про проведення судово-медичної експертизи у кримінальному провадженні №12017030010002786, яка містить таємницю досудового розслідування, зокрема: місце, час та спосіб вчинення злочину, анкетні дані неповнолітньої особи, котра вчинила злочин, речі, котрі були викрадені під час вчинення злочину, номер кримінального провадження та його кваліфікація*[2]**.**

Після проведення вказаних слідчих дій прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі **повідомлення про підозру,** у якому чітко має бути зазначено, яким чином особа була повідомлена про нерозголошення таємниці досудового розслідування та яка сама інформація, що становить цю таємницю, нею була розголошена.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору. Як свідчить судова практика, більшість

---

[1] Вирок Богунського районного суду м. Житомира від 05.12.2016 року у справі №295/12401/16-к. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63156210.

[2] Вирок Луцького міськрайонного суду від 12 липня 2017 року у справі №161/10033/17. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67743650.

справ цієї категорії надходить до суду із угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим, при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469-472 КПК.

2. Розголошення таємниці вчинене суддею, прокурором, слідчим, працівником оперативно-розшукового органу.

Злочинці, аби отримати відомості, за допомогою яких можна протидіяти правоохоронним органам, дезорганізувати їх діяльність, використовують цілу низку способів, серед яких можна виділити наступні:

- заінтересованість формами й методами роботи того чи іншого підрозділу органів внутрішніх справ;
- спроби ознайомитись з певною документацією або отримати її;
- добір і використання квартир, інших приміщень для спостереження за підрозділами органів досудового розслідування, установлення у них різних технічних засобів для зняття інформації;
- поява в оточенні співробітника органів досудового розслідування осіб зі злочинного середовища, які намагаються завести знайомство з ним або його родичами.

Джерелами витоку інформації в таких умовах досить часто є співробітники працівників органів досудового розслідування справ, які мають доступ до інформації. Причини розголошення мають різноманітний характер. Це можуть бути: фізичний або психічний вплив злочинців на прокурорів, слідчих, працівників оперативно-розшукового органу; корисливі мотиви їх колег по роботі; причетність до діяльності кримінальних структур.

Робота кількох слідчих в одному кабінеті призводить до одночасної присутності у ньому, а також біля нього підозрюваних, свідків та інших осіб, запрошених в одному або у різних кримінальних провадженнях, що може спричинити небажаний обмін інформацією між ними, можливість обговорення дій слідчого, підслуховування, вироблення певної тактики поведінки, спрямованої на ускладнення слідства, а також не сприяння розслідуванню.

На підставі аналізу судової практики, судових рішень за ч. 2 та ч. 3 ст. 387 не було виявлено, однак факти вчинення таких злочинів непоодинокі.

> *Спеціалізована антикорупційна прокуратура за фактом розголошення даних досудового розслідування НАБУ внесла дані до ЄРДР щодо «систематичного розголошення даних», які становлять таємницю досудового розслідування у кримінальних провадженнях НАБУ. За інформацією САП, встановлені непоодинокі факти передання інформації, у т.ч. службових документів працівниками НАБУ третім особам. За наслідками однієї із публікацій підозрюваній особі стало відомо, що стосовно неї вирішується питання про повідомлення про підозру, внаслідок чого така особа залишила територію України з метою уникнення кримінальної відповідальності*[1]**.**

Складність розслідування злочину у цій ситуації зумовлена неможливістю проводити НСРД. А враховуючи, що суб'єктом розголошення виступає суддя, прокурор чи працівник правоохоронного органу, який добре ознайомлений з методикою розслідування і який, як правило, протидіє розслідуванню, комплекс лише гласних дій видається недостатнім.

В зв'язку з цим, першочерговою є аналітична діяльність слідчого стосовно того, хто міг розголосити інформацію про хід та результати розслідування. Досить часто працівники правоохоронних органів розголошують таку інформацію журналістам і в подальшому результати такого розголошення з'являються в засобах масової інформації. В зв'язку з цим слідчий має долучити до матеріалів кримінального провадження копію чи оригінал повідомлення в ЗМІ та провести допит осіб, які готували матеріал до публікації із врахуванням обмежень щодо журналістської таємниці.

Основними слідчими діями в цій ситуації є допити свідків (щодо визначення кола осіб, які були ознайомленні із відомостями досудового розслідування), підозрюваних (щодо того, кому особа повідомила цю інформацію; чи здійснювався на особу тиск, щодо розголошення інформації; чи пропонувалася вигода за розголошення таємниці досудового розслідування).

Після проведення вказаних слідчих дій прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру, у якому має бути чітко зазначено, яка сама інформація, що становить таємницю досудового розслідування, була розголошена підозрюваним.

---

[1] САП відкрила справу через розголошення даних досудового слідства НАБУ //https://www.radiosvoboda.org/a/news-sap-vidkrula-spravy-pro-nabu/29401580.html

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

5.11. Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388)

(О. Дудоров, Д. Калмиков)

Вступні зауваги.

У ст. 388 законодавець розмістив одразу два суміжних основних склади злочину (частини 1 і 2), об'єктивні і суб'єктивні сторони яких збігаються та які стосуються майна зі специфічним правовим статусом. Цей статус майно одержує в результаті проведення з ним певних процедур (арешт, опис, застава або конфіскація), що мають особливості в різних галузях права. При цьому, незважаючи на розміщення аналізованої статті у розділі КК «Злочини проти правосуддя», не лише суд уповноважений надавати специфічного правового статусу майну, яке в подальшому може виступити предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388.

Об'єкт злочину.

Безпосереднім об'єктом складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, є порядок виконання рішень судів, інших уповноважених органів чи посадових осіб, пов'язаних із: забезпеченням позову у кримінальному провадженні, цивільному або господарському судочинстві, виконання вироку суду в частині конфіскації майна; погашенням податкового боргу, охороною спадкового майна; зверненням державними або приватними виконавцями стягнення на майно боржника. Безпосереднім об'єктом незаконних дій із заставленим майном є встановлений порядок забезпечення цивільно-правових і майново-господарських зобов'язань заставою у частині виконання володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків.

Основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388, є встановлений порядок виконання рішень судів у частині конфіскації майна.

Оскільки незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації, порушують право власності держави на таке майно, то обов'язковим додатковим об'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388, є державна власність.

Предмет злочину.

Предметом складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, є майно, на яке накладено арешт, заставлене майно або майно, яке описане, а злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті, – майно, що підлягає конфіскації за рішенням суду.

Майно, на яке накладено арешт, – це майно, щодо якого у встановленому порядку застосовано процедуру арешту, яка полягає в:

1) описі майна, забороні його відчуження, передачі на зберігання, а також повідомленні зберігача арештованого майна про його обов'язки та юридичну відповідальність за вчинення протиправних дій з ним (при арешті майна в загальному порядку);

2) комплексі дій, спрямованих на забезпечення постійної наявності на рахунку (рахунках) клієнта або коррахунку банку відповідної (арештованої) суми коштів або маси банківських металів (при арешті коштів на банківському рахунку та банківських металів);

3) описі цінних паперів, їх вилученні та негайній передачі на зберігання до установ НБ, а також обмеженні в обігу шляхом їх блокування реєстроутримувачем на особовому рахунку власника (при арешті цінних паперів у документарній формі або цінних паперів на пред'явника у документарній формі);

4) описі цінних паперів та обмеженні в обігу шляхом здійснення зберігачем відповідної облікової операції (при арешті цінних паперів, випущених у бездокументарній формі, або знерухомлених цінних паперів).

Поняття «***арешт майна***» в законодавстві використовується у таких значеннях:

- як вид забезпечення позову в цивільному судочинстві;
- як вид забезпечення позову в господарському судочинстві;

- боржника в межах процедури санації;
- під час розгляду господарським судом справи про банкрутство фізичної особи;
- як засіб забезпечення кримінального провадження;
- в порядку надання міжнародної правової допомоги при проведенні процесуальних дій;
- як спосіб забезпечення виконання платником податків покладених на нього обов'язків (адміністративний арешт майна платника податків);
- під час здійснення виконавчого провадження;
- яке може бути доказом або джерелом доказів у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Крім того, КАС передбачає можливість накладення за рішенням суду арешту на активи, що пов'язані з фінансуванням тероризму та стосуються фінансових операцій, зупинених відповідно до рішення, прийнятого на підставі резолюцій Ради Безпеки ООН.

Арешт у кримінальному провадженні може бути накладений і на майно, на яке раніше накладався арешт відповідно до інших актів законодавства. У такому разі виконанню підлягає ухвала слідчого судді, суду про накладення арешту на майно відповідно до правил КПК. НАВРУА формує та веде Єдиний державний реєстр активів, на які накладено арешт у кримінальному провадженні.

> *3 серпня 2005 р. державним виконавцем ДВС Носівського районного управління юстиції на виконання наказу господарського суду Чернігівської області від 14 червня 2005 р. описано та накладено арешт на комбайн СК-5 та комбайн КС-6Б, що належали ТОВ «Носівська МТС». При цьому державним виконавцем складено акт опису й арешту майна, в якому це майно було перелічене і на нього встановлено обмеження щодо його відчуження. Майно було передане директору ТОВ «Носівська МТС» на відповідальне зберігання, про що останній особисто розписався у акті опису й арешту майна. 4 квітня 2006 р. директор ТОВ «Носівська МТС» всупереч взятим на себе зобов'язанням продав арештований комбайн СК-5. При цьому продав його начебто за 6400 грн., хоча його реальна вартість становила щонайменше 37800 грн.*
> *26 червня 2007 р. Носівський районний суд визнав зазначену особу винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 388 КК, що на той момент було правильно*[1].

Майно, яке описано, – це майно, щодо якого у встановленому порядку застосовано процедуру опису. Вона полягає у внесенні до акта опису майна (протоколу) переліку речей із зазначенням точної назви кожної з них, їхньої кількості та індивідуально-визначених характеристик (вага, метраж, розмір, форма, колір, товарний знак, дата випуску, ступінь зносу тощо).

За своєю юридичною природою опис майна може виступати, зокрема, як:
1) перша стадія виконання рішення про накладення арешту на майно;
2) засіб охорони спадкового майна;
3) засіб виконання рішення про передачу майна платника податків у податкову заставу;
4) засіб обліку та охорони речових доказів.

> *5 травня 2016 р. під час виїзду слідчо-оперативної групи до Оливського агролісництва ДП «СЛП «Київоблагроліс» було встановлено, що у кварталі 34 вид. 4, 2, 1, 3, 8, 9 проводяться незаконні лісосічні роботи. Під час цього процесуального заходу виявлено та описано соснові колоди, два вантажні автомобілі, в кузовах яких знаходилась деревина, та причеп до автомобіля з довжиною колод 3 м (загальним об'ємом деревини 5,445 м.куб.). У цей же день зазначене майно передане на відповідальне зберігання представнику Оливського агролісництва ДП «СЛП «Київоблагроліс», про що він власноручно склав розписку. 1 червня 2016 р. під час проведення позапланової ревізії окремих питань фінансово-господарської діяльності ДП «СЛП «Київоблагроліс» встановлено, що описаної деревини на території зазначеного підприємства вже немає*[2].

Арешт майна зазвичай поєднується з його описом, однак з цього правила є винятки, які засвідчують виправданість альтернативної вказівки у ч. 1 ст. 388 на майно, на яке накладено арешт, і майно, яке описано.

Так, для охорони спадкового майна нотаріуси та посадові особи органів місцевого самоврядування здійснюють опис (а не арешт) майна і передають його на зберігання спадкоємцям або іншим особам.

---

[1] Вирок Носівського районного суду від 26 червня 2007 р. у справі №1-58/07. ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/2709806#

[2] Вирок Іванківський районний суд Київської області від 15 травня 2018 р. у справі №366/271/17 (провадження №1-кп/366/25/18). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73970548

Останні попереджаються про відповідальність за розтрату або приховування спадкового майна. Незаконні дії, перераховані у ч. 1 ст. 388, можуть бути вчинені стосовно майна платника податків, на яке керівник контролюючого органу наклав арешт, – до проведення опису цього майна, що має здійснюватися в порядку виконання прийнятого рішення про арешт майна платника податків. З іншого боку, дії, зазначені у ч. 1 ст. 388, можуть бути вчинені стосовно майна платника податків, на яке поширюється право податкової застави та яке у зв'язку з цим включено в складений акт опису, але на яке арешт не накладено.

Заставлене майно – це майно, яке за договором, відповідно до закону або за рішенням суду передане в заставу. Остання як засіб забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання – договору позики, кредиту, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо. З огляду на заставу кредитор (заставодержатель) має право в разі невиконання боржником (заставодавцем) забезпеченого заставою зобов'язання одержати задоволення з вартості заставленого майна переважно перед іншими кредиторами.

Законодавство передбачає такі види застави:

1) іпотека (застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи);

2) заклад (застава рухомого майна, що передається у володіння заставодержателя або за його наказом – у володіння третій особі);

3) застава товарів в обороті або в переробці; застава майнових прав;

4) застава цінних паперів.

Особа, яка володіє предметом застави, зобов'язана (якщо інше не передбачено договором) вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави й утримувати предмет застави належним чином. При користуванні предметом іпотеки іпотекодавець повинен не допускати погіршення стану предмета іпотеки та зменшення його вартості понад норму його звичайної амортизації (зносу).

У законодавстві поняття застави використовується у декількох значеннях:

- як вид забезпечення виконання цивільних і майново-господарських зобов'язань;

- як специфічний спосіб забезпечення виконання зобов'язання платника податків, не погашеного у встановлений строк;

- як один із запобіжних заходів, передбачених КПК.

При цьому згадування податкової застави у контексті аналізу ст. 388 позбавлене сенсу, оскільки відповідно до положень регулятивного законодавства такій заставі завжди передує опис майна; описане ж майно є самостійним предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388. Вчинення цього злочину щодо майна, заставленого в порядку, визначеному КПК, є неможливим, адже йдеться про кошти, які внесено на відповідний рахунок (спеціальний рахунок суду, відкритий в органах ДК) та які конкретній фізичній особі не ввіряються.

Майно, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, – це не фактично конфісковане майно, тобто майно, щодо якого вже здійснено процедуру конфіскації, а майно, яке лише підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили.

На практиці правові статуси майна як такого, на яке «накладено арешт» та такого, що «підлягає конфіскації», дуже часто набуваються одним і тим самим майном залежно від конкретної стадії того чи іншого провадження (процедури, процесу). Тобто, спочатку на майно накладається арешт (зокрема, з метою забезпечення майбутньої конфіскації), а потім (за потреби) – приймається рішення про його конфіскацію. Утім, так буває не завжди, адже арештовується далеко не все і не лише те майно, що може бути конфісковане в майбутньому за рішенням суду, а конфіскується не все і не лише те майно, на яке було накладено арешт.

Наприклад, не завжди у кримінальному провадженні уповноважені органи, виконуючи норми КПК, вживають заходів (накладають арешт на майно) щодо забезпечення можливої конфіскації майна. Конфіскації може підлягати і майно, яке не виявлено на момент ухвалення судового рішення. Процедури арешту чи опису предметів, які були знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, грошей, одержаних унаслідок вчинення адміністративного правопорушення, чинному законодавству взагалі не відомі.

Конфіскація у загально-правовому сенсі характеризується такими ознаками: а) безоплатність вилучення майна; б) предмети, що конфіскуються, перебувають у власності суб'єкта на законних підставах; в) результатом застосування конфіскації є перехід права власності на майно від того чи іншого суб'єкта до держави; г) конфіскація призначається тільки за рішенням суду.

Конфіскація майна застосовується як:

1) вид додаткового покарання;

2) відмінний від покарання захід кримінально-правового характеру – спеціальна конфіскація;

3) вид адміністративного стягнення;

4) вид стягнення за порушення митних правил[1].

Крім цього, КПК передбачає: а) конфіскацію майна, якщо в суді не підтверджено законність підстав набуття прав на таке майно; б) відмінне від спеціальної конфіскації вирішення питання про долю речових доказів у кримінальному провадженні. ЦПК, регламентуючи визнання необґрунтованими активів та їх витребування в порядку позовного провадження, визначає своєрідну цивільно-правову конфіскацію, якій має передувати відповідне кримінальне провадження.

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона обох злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 388, полягає у вчиненні стосовно відповідної категорії майна хоча б одного з таких незаконних діянь: 1) розтрата; 2) відчуження; 3) приховування; 4) підміна; 5) пошкодження; 6) знищення; 7) інші незаконні дії; 8) порушення обмеження (обтяження) права користуватись майном; 9) здійснення представником банківської або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами (вкладами).

Вчинення особою не одного, а кількох діянь, альтернативно вказаних у ст. 388, на кваліфікацію вчиненого не впливає, проте може бути враховано в межах індивідуалізації кримінальної відповідальності (п. 3 ч. 1 ст. 65).

Розтрата майна – це протиправне *відчуження* (ця форма розтрати у ст. 388 виділена в окреме/самостійне діяння), *витрачення* [мається на увазі обмін високоліквідних товарів (грошей, цінних паперів, дорогоцінних металів тощо) на інші товари, роботи чи послуги] або *споживання* (вживання в їжу продуктів харчування, використання речей, які швидко зношуються, тощо) арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації.

Специфіка розтрати, як однієї з форм злочину, передбаченого ч. 1 ст. 366, полягає в тому, що винний у період правомірного володіння таким майном вчиняє з ним такі дії, у результаті яких воно або переходить у фактичне володіння інших осіб, або взагалі перестає існувати.

> *3 вересня 2010 р. державним виконавцем Ленінського відділу ДВС Харківського міського управління юстиції за актом опису та арешту майна передано на відповідальне зберігання особі (не власнику майна) косметичні препарати на загальну суму 136 138 грн. Підставою для цього стала ухвала Московського районного суду м. Харкова від 11 серпня 2010 р. про накладення арешту на зазначене майно. 4 вересня 2012 р. без дозволу державного виконавця зазначена особа передала ці косметичні препарати сторонній фізичній особі, яка начебто зберігала це майно у багажнику власного автомобіля. 22 травня 2013 р., за інформацією цієї особи, косметичні препарати викрадено з її автомобіля.*
>
> *Таку поведінку особи, яка мала забезпечити збереження цих косметичних препаратів, Жовтневий районний суд м. Харкова кваліфікував як розтрату описаного та арештованого майна, яка спричинила матеріальні збитки на суму 136 138 грн. (ч. 1 ст. 388 КК)*[2]**.**

Під ***знищенням*** арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, слід розуміти доведення такого майна до повної непридатності для використання за цільовим призначенням (унаслідок знищення майно перестає існувати або повністю втрачає свою цінність і не може використовуватися за призначенням), а під ***пошкодженням*** – погіршення якості такого майна, зменшення його цінності або приведення такого майна на певний час у непридатний за її цільовим призначенням стан.

Пошкоджене майно не завжди характеризується одночасною втратою якості, цінності та істотним обмеженням можливості використання такого майна за призначенням. Наприклад, значне пошкодження фарби на кузові автомобіля погіршує його якість (металеві деталі, не покриті фарбою, піддаються корозії), зменшує його цінність (це обумовлено як тим, що якість такого автомобіля певним чином погіршена, так і тим, що він втратив свою естетичну цінність), однак не впливає на можливість використання автомобіля за цільовим призначенням.

---

[1] Детальніше про 10 способів конфіскації майна тут: https://racurs.ua/1385-popytka-vnedreniya-speckonfiskacii.html

[2] Вирок Жовтневого районного суду м. Харкова від 24 червня 2015 р.у справі №639/8848/13-к (провадження №1-кп/639/11/15). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/45664947.

Злочинне діяння при пошкодженні (і при знищенні) майна може виражатись у формі як дії, так і бездіяльності. Прикладом останньої може бути залишення без нагляду джерел підвищеної небезпеки, ненадання корму тваринам, невжиття відповідальною особою заходів щодо збереження майна від руйнівного впливу кліматичних, біологічних та інших зовнішніх факторів, недотримання заходів протипожежної безпеки тощо.

Незаконне використання майна за його призначенням, що призвело до припинення його існування, не може розглядатися як знищення чи пошкодження майна (наприклад, вживання продуктів харчування, використання за прямим призначенням паливно-мастильних матеріалів та іншої продукції одноразового вжитку), однак має кваліфікуватись за ч. 1 або ч. 2 ст. 388 як розтрата відповідного майна. Щодо перероблення майна, яке також слід відрізняти від знищення і пошкодження майна, то і така поведінка (вона за наявності підстав має розцінюватись як інша незаконна дія з арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації) може утворювати склад аналізованого злочину.

Відчуження майна – це одна з форм його розтрати, яка полягає у оплатному або безоплатному передаванні такого майна у володіння іншим особам, до яких переходить право власності на нього[1].

> *Менеджер ПП «Мост-Ріал» (м. Чернігів) достовірно знаючи про накладення арешту на належні йому 3/4 частки квартири (він був присутнім при оголошенні ухвали слідчого судді Новозаводського районного суду про накладення арешту та отримав її копію) з метою уникнення можливої конфіскації майна, у разі його засудження за злочини, передбачені ч. 2 ст. 307 та ч. 3 ст. 307 КК, 14 липня 2015 р. прибув до приміщення Першої Чернігівської нотаріальної контори, де вчинив відчуження арештованого майна, яким є зазначена частка зазначеної вище квартири, шляхом укладення договору купівлі-продажу квартири з покупцем.*
> *30 червня 2017 р. колегія суддів Прилуцького міськрайонного суду визнала цю особу винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК, та призначила їй покарання у виді штрафу розміром 5100 грн*[2]***.***

Під ***приховуванням*** майна розуміються будь-які дії, спрямовані на його фізичне або інтелектуальне утаювання від уповноважених органів або їхніх представників, які наділені певною компетенцією щодо відповідного майна (утаювання майна, що підлягає конфіскації, від державного виконавця з метою унеможливлення його вилучення та реалізації; утаювання описаного спадкового майна від нотаріуса чи посадової особи органу місцевого самоврядування з метою унеможливлення реалізації законними спадкоємцями права на спадкування цього майна тощо).

Приховування майна може здійснюватися шляхом істотної зміни зовнішнього вигляду майна, зміни правового статусу майна шляхом використання підроблених документів, переміщення майна з місць його належного чи постійного зберігання, його передачі для зберігання іншим особам, зберігання у спеціально пристосованих для цього приміщеннях чи схованках, невідображення в офіційних документах правочинів, учинених щодо майна, тощо. Ці дії, як правило, спрямовані на те, щоб зробити майно непомітним, невпізнаним чи незнайденим; вони можуть поєднуватись із повідомленням завідомо неправдивих відомостей (про викрадення майна, його втрату, знищення внаслідок пожежі тощо). Водночас саме по собі переміщення майна в інше місце, не пов'язане з його утаюванням від уповноважених органів, не може розглядатись як приховування майна.

> *Директор ПП «ТФ Ореол», якому згідно з постановою слідчого від 12 квітня 2005 р. та акту опису від 13 травня 2005 р. було передано на відповідальне зберігання його ж арештоване майно, перевіз 36 пневмоелектроклапанів на загальну суму 120 359 грн. з основного місця його зберігання до інших складських приміщень, про які не було відомо правоохоронним органам і суду. На вимогу правоохоронних органів щодо видачі всього арештованого майна, що знаходиться на відповідальному зберіганні у директор ПП «ТФ Ореол», останній видав лише те майно, що зберігалося у нього за основним місцем зберігання арештованого майна, а 36*

---

[1] Оскільки відчуження є лише однією з форм розтрати майна, виділення цього діяння в окрему форму об'єктивної сторони у ст. 388 КК є недоречним. До того ж предметом злочину, передбаченого ст. 388 КК, є в т. ч. майно, вилучене з цивільного обороту, набути право власності на яке неможливо. Крім того, особи, яким майно у встановленому порядку передається на зберігання та які визнаються суб'єктами розглядуваного злочину, не будучи власниками майна, з цивільно-правової точки зору не уповноважені визначати юридичну долю цього майна.

[2] Вирок Прилуцького міськрайонного суду Чернігівської області від 30 червня 2017р. у справі №742/58/17 (провадження 1-кп/742/58/17). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/45664947.

пневмоелектроклапанів на загальну суму 120 359 грн. не видав. 24 липня 2006 р. правоохоронними органами це майно було виявлено та вилучено.

6 серпня 2014 р. Октябрський районний суд м. Полтави визнав директора ПП «ТФ Ореол» винним у приховуванні арештованого майна (ч. 1 ст. 388 КК) та призначив йому за цей злочин покарання у виді штрафу розміром 5100 грн [1]*.*

Під ***підміною*** слід розуміти заміну арештованого, описаного, заставленого майна або майна, що підлягає конфіскації, на інше майно, яке із зовнішнього боку схоже на замінене або майже однакове з ним (заміна дорогоцінного витвору мистецтва, що підлягає вилученню та реалізації, на його копію; заміна товарів зі спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю, на такі ж товари, які, однак, таких сховищ не мають, тощо).

Порушення обмеження (обтяження) права користуватись арештованим, описаним, заставленим майном або майном, що підлягає конфіскації, – це видобування споживчих властивостей майна, на право користування яким у процесі його арешту, опису, застави чи конфіскації було встановлено обмеження або обтяження.

Як свідчить аналіз законодавства, заборона користуватися майном зі спеціальним статусом може випливати із рішення суду (зокрема, згідно з нормами цивільного, господарського та кримінального законодавства суд безпосередньо в рішенні про накладення арешту на майно має право визначати порядок його виконання, у т.ч. щодо накладення заборони користування ним), постанови державного або приватного виконавця, рішення інших органів та осіб, наділених такою компетенцією. Обмеження на вилучення корисних властивостей з описаного майна встановлюються у зв'язку з особливостями майна, користування яким може призвести до його знищення або зменшення цінності. Види, обсяг і строк зазначених обмежень встановлюються державним або приватним виконавцем у кожному конкретному випадку з урахуванням властивостей майна, його значення для власника чи володільця, потреби використання тощо. За ч. 1 ст. 388 може кваліфікуватись користування предметами одягу або предметами індивідуального вжитку, вчинене зберігачем описаного майна, а також користування платником податків майном, на яке накладено повний арешт.

Під ***здійсненням представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт,*** слід розуміти проведення хоча б однієї видаткової операції за рахунком, на кошти на якому накладено арешт, якщо її результатом стає вихід коштів з-під арешту (видача вкладу, закриття рахунку, здійснення розрахунків за ним, перерахування коштів на інший рахунок, а також будь-яка інша банківська операція, в результаті якої розмір коштів на банківському рахунку зменшується).

Зупинення видаткових операцій здійснюється в межах суми, на яку накладено арешт, крім випадків, коли арешт накладено без встановлення такої суми або коли інше передбачено договором, законом чи умовами такого обтяження. У випадках, встановлених законом, майно або кошти банку, а також кошти та інші цінності юридичних або фізичних осіб, що знаходяться в банку, на які накладено арешт, передаються в управління (перераховуються на рахунки) НАВРУА не пізніше наступного робочого дня після надходження до банку вимоги НАВРУА, доданих до неї копій звернення прокурора та ухвали слідчого судді, суду про накладення арешту.

Іншими незаконними діями під кутом зору відповідальності за ст. 388 слід визнавати різноманітні дії з відповідним майном (крім тих, зміст яких розкрито вище), вчинені всупереч встановленому порядку.

Це, зокрема: протиправне передавання такого майна іншим особам у користування чи володіння (оренда, лізинг, позичка, передача для проведення ремонту тощо); передавання такого майна у заставу (іпотека, заклад тощо); будь-які операції платника податків із майном, на яке накладено умовний арешт, без попереднього отримання обов'язкового у цьому випадку дозволу керівника контролюючого органу; пошкодження печаток, якими було опечатане включене до акта опису й арешту майно (приміщення, сховища тощо); дії, шляхом вчинення яких особа позбавляється майна (якщо вчинене не може розцінюватись як знищення майна). У будь-якому разі перераховані у ч. 1 ст. 388 незаконні дії порушують режим поводження із певним майном.

---

[1] Вирок Октябрського районний суду м. Полтави від 6 серпня 2014 р. у справі №554/5502/13-к. ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/40109831.

Законодавство передбачає можливість вчинення стосовно майна, вказаного у частинах 1 і 2 ст. 388, правомірних дій, які складу злочину, передбаченого цією статтею, не утворюють.

Зокрема, платник податків має право відчужувати описане майно, що перебуває у податковій заставі, за згодою контролюючого органу, а також у разі, якщо контролюючий орган впродовж 10 днів з дня отримання від платника податків відповідного звернення не надав такому платнику податків відповіді про надання (ненадання) згоди. При з'ясуванні того, які дії із заставленим майном є правомірними, а які – незаконними, а отже, такими, що повинні тягнути кримінальну відповідальність, слід враховувати, серед іншого, положення цивільного законодавства, присвячені володінню, користуванню та розпорядженню предметом застави. Зокрема, за ч. 1 ст. 388 можуть кваліфікуватись такі дії іпотекодавця, вчинені без згоди іпотекодержателя, як: зведення, знищення або проведення капітального ремонту будівлі (споруди), розташованої на земельній ділянці, що є предметом іпотеки, здійснення істотного поліпшення цієї земельної ділянки; передача предмета іпотеки у наступну іпотеку; відчуження предмета іпотеки; передача предмета іпотеки в спільну діяльність, лізинг, оренду, користування.

Передбачений ст. 388 злочин є злочином із формально-матеріальним складом: він визнається закінченим з моменту вчинення дії (зокрема, у випадку приховування майна або порушення обмеження (обтяження) права користуватись майном) або з моменту заподіяння майнової шкоди (зокрема, у випадку розтрати, знищення або пошкодження майна).

Часом вчинення злочину, караного за ч. 2 ст. 388, є проміжок часу між моментом набрання судовим рішенням про конфіскацію майна законної сили і моментом фактичного виконання цього рішення відповідно до встановленого порядку. Ще однією обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 388, слід визнавати **місце** вчинення злочину, яким у цьому разі виступає місцезнаходження майна з особливим правовим статусом.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, – спеціальний. Ним є:

1) особа, якій ввірене майно, на яке накладено арешт, заставлене або описане майно;

2) представник фінансової установи, який здійснив відповідну операцію.

Під ***вірогідністю майна*** в ч. 1 ст. 388 слід розуміти офіційне передавання винному на зберігання арештованого чи описаного майна, здійснене уповноваженим суб'єктом на підставі та в порядку, передбаченому законодавством, що включає в себе:

а) офіційне передавання арештованого чи описаного майна такій особі;

б) інформування цієї особи (зберігача майна, охоронця спадкового майна тощо) про відповідний правовий режим такого майна, обов'язки щодо його зберігання, а також про встановлені обмеження щодо поводження із ним;

в) оформлення відповідної документації.

При цьому офіційне (юридичне) передавання арештованого чи описаного майна може як супроводжуватися фактичним його передаванням (наприклад, арештоване та описане майно обвинуваченого передається на зберігання членам його родини чи стороннім особам), так і не супроводжуватися такими діями (йдеться про випадки, коли описане чи арештоване майно, хоч юридично і передається на зберігання його ж власнику (відповідачу у цивільній чи господарській справі, підсудному чи обвинуваченому в кримінальному провадженні тощо), але фактично як було, так і залишається в однієї і тієї ж особи).

Під ***вірогідністю заставленого майна*** мається на увазі правомірне (на підставі закону або договору) володіння винним (заставодавцем, заставодержателем, третьою особою) предметом застави. Про вірогідність майна в цьому разі можна говорити зі значною часткою умовності.

Під ***представником банку або іншої фінансової установи*** у ч. 1 ст. 388 слід розуміти не будь-якого її працівника (саме цей термін доречніше використовувати в КК замість терміну «представник»), а лише того, який має право виконувати видаткові банківські операції від імені цієї фінансової установи. Для того, щоб правильно відповісти на питання про те чи є конкретна особа представником банку або іншої фінансової установи необхідно з'ясувати посаду такої особи і вивчити ті документи, які визначають її компетенцію (посадова інструкція, статут, положення тощо). Якщо буде встановлено, що така особа не наділена повноваженнями щодо здійснення видаткових банківських операцій, то слід вести мову не про злочин проти правосуддя (ст. 388), а за наявності підстав – про службовий злочин або злочин проти власності.

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388, загальний – це будь-яка фізична особа, якій виповнилось 16 років, у володінні, користуванні або розпорядженні якої знаходиться конфісковане майно.

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується умислом. При цьому інтелектуальною ознакою умислу винного має охоплюватись належність майна до арештованого, заставленого, описаного або конфіскованого.

Вчинення відповідних діянь щодо майна з особливим правовим статусом із необережності може тягнути кримінальну відповідальність у випадку, якщо в поведінці особи мав місце склад іншого (відмінного від передбаченого ст. 388) злочину. Наприклад, необережне знищення майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, може бути кваліфіковане за ст. 196, якщо в результаті таких дій спричинено тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей.

Мотиви можуть бути різними (корисливі спонукання, бажання догодити керівництву, співчуття, бажання допомогти близькій людині тощо) і на кваліфікацію за ст. 388 не впливають.

Особливості кваліфікації.

Якщо арешт, заставу, опис чи конфіскацію лише передбачалось застосувати до певного майна, то незаконні дії щодо нього ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, не містять і за наявності підстав можуть розцінюватись як злочин проти власності.

У разі, якщо рішення суду щодо конфіскації майна не набрало законної сили, то незаконні дії щодо майна можуть кваліфікуватись за ч. 1 ст. 388 лише за умови, що до цього на майно був накладений арешт чи воно було описаним. Якщо ж особа здійснює незаконні дії з арештованим майном, яке їй офіційно ввірено, не знаючи про винесення рішення суду щодо його конфіскації, то вона може нести відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388.

У тих випадках, коли рішення суду про визнання права власності на майно, виключення його з акту опису чи звільнення майна з-під арешту набрало законної сили ще до моменту вчинення з ним дій, передбачених ч. 1 ст. 388, то кримінальна відповідальність за цією нормою виключається (навіть у тому випадку, якщо особа вважала, що здійснювала такі дії з майном, яке є предметом аналізованого злочину).

Оскільки ст. 388 не вказує на мінімальну вартість майна зі специфічним правовим статусом, при застосуванні цієї статті з урахуванням конкретних обставин може бути застосована норма про малозначність (ч. 2 ст. 11). Зокрема, таке звернення є доцільним у тих випадках, коли вартість майна, яке залишилось після вчинення незаконних дій щодо нього, у декілька разів перевищує суму потенційного стягнення, забезпеченого певними правовим засобом.

З огляду на те, що у ст. 388 йдеться про відчуження майна та інші незаконні дії з ним, можлива оцінка вчиненого як ідеальної сукупності злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 209 і ст. 388. Та обставина, що майну внаслідок проведення арешту, опису чи конфіскації надається певний правовий статус, не завжди означає, що воно вийшло з «тіні», а отже, не виключається можливість вчинення щодо цього майна незаконних дій, які мають розцінюватись як його відмивання.

Невиконання ухвал суду про застосування заходів забезпечення доказів у цивільному та господарському судочинстві, відмінних від накладення арешту на майно (заборона вчиняти певні дії щодо доказів, зобов'язання вчинити певні дії щодо доказів тощо), диспозицією ч. 1 ст. 388 не охоплюється, однак може кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 382.

Невиконання законних вимог посадових осіб НАВРУА щодо усунення порушень законодавства у сфері управління активами, ненадання інформації, документів, порушення встановлених законодавством строків їх надання, надання недостовірної інформації або не в повному обсязі, а також незаконне повідомлення третіх осіб про те, що про них збирається відповідна інформація, визнається адміністративними проступком (ст. 188-48 КпАП).

Поряд із приватною особою і представником фінансової установи до числа осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за незаконні дії щодо майна з особливим правовим статусом, слід відносити і службову особу, якій майно ввірено у встановленому порядку. Якщо службова особа з використанням службового становища сприяє вчиненню незаконних дій з відповідним майном тим, кому це майно ввірено (наприклад, державний виконавець сприяє незаконному відчуженню арештованого майна шляхом винесення постанови про виведення майна з-під арешту або видачі

суб'єкту злочину незаконної постанови про повернення стягувачу виконавчого документа), то вчинене має кваліфікуватись як пособництво злочину, передбаченому ч. 1 ст. 388, та за наявності підстав – як відповідний злочин у сфері службової діяльності.

Якщо незаконні дії з майном, яке визнається предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, вчинені особою, якій це майно не ввірялось у викладеному вище розумінні (наприклад, працівник поліції підміняє частини арештованого автомобіля, що знаходиться на штрафному майданчику), то вчинене має розцінюватись як службовий злочин або злочин проти власності. Сказане стосується і працівників НАВРУА, яке може здійснювати управління активами, на які накладено арешт у кримінальному провадженні, у т. ч. як захід забезпечення позову, а також управителів, яким НАВРУА може передавати заарештовані активи.

Керівник фінансової установи, який дав вказівку здійснити незаконну банківську операцію з арештованими коштами, має притягуватись до відповідальності за підбурювання до злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388, а за наявності підстав – і за злочин у сфері службової діяльності.

Діяння, вчинене неслужбовою особою щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили, має кваліфікуватися лише за ч. 2 ст. 388 і додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 382 не потребує. Якщо діяння, передбачене ч. 2 ст. 388, вчинить службова особа, то скоєне слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 2 ст. 388 і відповідною частиною ст. 382. Це обумовлено тим, що ч. 2 ст. 388 і частини 2–4 ст. 382 описують склади злочинів, які в цій частині не можна розмежувати. Водночас вказані норми не перебувають між собою і в стані конкуренції. Так само (тобто залежно від суб'єкта) мають кваліфікуватись незаконні діяння з описаним та арештованим майном. При цьому, однак, слід враховувати можливість арешту майна за рішенням відмінних від суду уповноважених органів (осіб), що виключає інкримінування ст. 382.

Розтрата арештованого, описаного чи заставленого майна, вчинена з корисливих мотивів особою, якій це майно ввірено та яка не є його власником, охоплюється ч. 1 ст. 388 (спеціальною нормою, виокремленою у зв'язку з юридичними властивостями майна) і додаткової кваліфікації за ст. 191 не потребує.

Практика реалізації заборони, найбільш поширені способи («схеми») вчинення злочину.

1. Приписи ст. 388 на практиці застосовуються досить рідко. За інформацією ДСА, за останні 10 років за цією статтею було засуджено 234 особи (200 – за ч. 1 та 34 – за ч. 2). Більше того, в останні три роки спостерігається стійка тенденція до скорочення числа засуджених за ст. 388 (якщо у 2008–2015 роках середня кількість засуджених за рік за цією статтею становила 29 осіб, то у 2016–2018 – лише 11 осіб). При цьому у ЄДРСР вдалося знайти лише п'ять обвинувальних вироків за ст. 388.

2. Серед вивчених обвинувальних вироків немає жодного, у якому б описувалася ситуація, коли цей злочин був пов'язаний з учиненням того чи іншого корупційного злочину. Не встановлено й випадків, коли б такі незаконні дії вчинялися щодо майна, арештованого, описаного тощо в межах кримінальних проваджень, відкритих за ознаками вчинення корупційних злочинів, чи у співучасті з суб'єктом, що здійснив арешт, опис тощо.

У всіх таких провадженнях ідеться про звичайну особу (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного тощо), яка вчинила відчуження, розтрату чи приховування майна, арештованого чи описаного в межах якогось кримінального провадження. Із цього випливає, що злочинам, описаним ст. 388, скоріше за все не приманна особлива пов'язаність із корупційними злочинами. Не можна сказати, що особи, учиняючи ці злочини, вдаються до якихось складних, специфічних чи витончених способів їх учинення, до розробки спеціальних «схем», утворення стійких злочинних спільнот тощо.

5.12. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 388 КК
(В. Луцик)

В сучасних умовах цей злочин набув широкого поширення (більше 130 вироків за останні 5 років), що зумовлено зниженням економічного рівня життя в державі, відсутністю ефективної державної системи контролю за обігом арештованого, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації.

Щодо типових способів його вчинення, то серед них виокремлюють розтрату, відчуження, приховування, підміну, пошкодження, знищення майна, інші незаконні дії з майном, порушення

обмеження (обтяження) права користуватися таким майном, здійснене особою, якій це майно ввірено, здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Отримано відомості про вчинення незаконних дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації.

Під час досудового розслідування цієї категорії злочинів основна увага слідчого має концентруватися на роботі з документами, на підставі яких на майно було накладено арешт, майно було заставлено або описано. Після надходження заяви про вчинення розтрати, відчуження, приховування, підміни, пошкодження, знищення майна або інших незаконних з ним дій або самостійного виявлення слідчим злочину, слідчий вносить відомості в ЄРДР та приступає до розслідування. Заявниками у більшості проаналізованих справ виступають, як правило, представники державної виконавчої служби, банківських установ.

Першочерговою слідчою дією є **допит** заявника, під час якого необхідно встановити:

- яке саме майно стало предметом злочину;
- коли на нього було накладено арешт, описано, внесено як заставу, винесено судове рішення про конфіскацію;
- кому воно було передано на зберігання і на підставі якого документу;
- коли останній раз проводилися виконавчі чи інші дії з цим майном;
- хто і коли виявив факт незаконних дій з майном;
- чи були внесені відомості про наявність обтяжень на майно у відповідний реєстр і коли;
- хто, на думку заявника, може бути причетний до незаконних дій з майном.

Наступною процесуальною дією є **витребування документів,** на підставі яких було накладено арешт на майно, його конфісковано, чи описано – в порядку ст. 93 КПК. До таких документів можна віднести: ухвалу суду про накладення арешту на майно, постанову про відкриття виконавчого провадження, постанову про арешт майна боржника та оголошення заборони його відчуження, акт опису та арешту майна, вирок суду, у якому призначена конфіскація майна.

Якщо йдеться про витребування банківських документів, то в цьому зв'язку доцільніше звертатися із клопотанням до слідчого судді про **тимчасовий доступ** до речей та документів.

Як приклад можна навести наступну ситуацію.

> *3 березня 2016 р. Комінтернівським районним судом м. Харкова під час розгляду цивільної справи за поділом майна подружжя між Ф. та Я. було винесено ухвалу про накладення арешту на автомобіль «Mitsubishi Outlander». 01.06.2016 р. державним виконавцем за участю сторони виконавчого провадження – боржника Ф., було описано та накладено арешт на автомобіль «Mitsubishi Outlander», про що складено акт опису й арешту майна та транспортний засіб було передано на відповідальне зберігання боржнику Ф. При складанні зазначеного акту опису та арешту майна державним виконавцем встановлено обмеження права користування описаним майном, на яке накладено арешт, у вигляді заборони його використання та відчуження, про що Ф. було оголошено, та під підпис попереджено про кримінальну відповідальність за незаконні дії з майном. Однак, у період часу з 01.06.2016 р. по 26.12.2017 р., Ф., достовірно знаючи, що переданий їй на відповідальне зберігання автомобіль є описаним та арештованим майном із встановленою забороною його використання та відчужування, всупереч встановленим обмеженням, стала використовувати зазначений транспортний засіб, пересуваючись ним по вулицях міста Харкова*[1]*.*

Після отримання та аналізу документів слідчий з'ясовує, яка особа була відповідальна за збереження майна, яким способом майно було реалізоване. Після встановлення осіб, які вчинили незаконні дії з майном, прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить **допит підозрюваного.**

Під час допиту підозрюваного необхідно з'ясувати:

- які саме незаконні дії щодо майна було вчинено підозрюваним;
- яке саме майно було предметом злочину;

---

[1] Вирок Комінтернівський районний суд м. Харкова від 10 жовтня 2018 року у справі №641/1209/18. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77033774

- де зараз зберігається приховане майно;

- чи були співучасники, які допомагали підозрюваному реалізувати майно чи вчинити з ним інші незаконні дії;

- який дохід отримав підозрюваний внаслідок незаконних дій з майном і як ним розпорядився.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору. Як свідчить судова практика, більшість справ цієї категорії надходить до суду із угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469-472 КПК.

2. Отримано відомості про здійснення представником банку або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами, на які накладено арешт.

Ця слідча ситуація є більш складною для розслідування, ніж попередня, адже на початковому етапі розслідування слідчий не має достатньо інформації про особу, яка вчинила злочин, і повної інформації про подію злочину.

Розкрадання коштів, на які накладено арешт, можуть бути вчинені шляхом використання підроблених документів, внесення змін у бухгалтерські документи та іншими способами. Вчинення злочинів банківськими працівниками характеризується наявністю матеріальних слідів, які залишаються у фінансових, бухгалтерських, технологічних та інших документах, на CD-дисках, жорстких дисках та інших носіях інформації, що є важливим джерелом відомостей про ці злочини і в багатьох випадках ключем до їх розкриття.

Першочергово під час розслідування необхідно визначити ключові посади, тобто банківських працівників, які могли мати доступ до банківських рахунків, на які накладено арешт. Для цього слідчий витребовує посадові інструкції працівників, графіки їх чергування.

Важливим джерелом доказів є **матеріали спеціальних перевірок.** До вказаних матеріалів входять: акти документальних ревізій, акти перевірки органів податкової служби, узагальнені матеріали (досьє) перевірок сумнівних банківських операцій підрозділами фінансового моніторингу України, інспекційні перевірки НБУ щодо дотримання порядку, матеріали ревізійних комісій комерційних банків, висновки незалежних аудиторів.

Для проведення **обшуків** та **огляду місця події** у банківській установі доцільно залучати спеціалістів у сфері банківської діяльності, комп'ютерної техніки та програмного забезпечення. Консультація спеціаліста має на меті одержання додаткової орієнтуючої інформації про: 1) загальні правила ведення бухгалтерського обліку, банківських операцій, їх комп'ютерного забезпечення та вимоги відповідних відомчих нормативних актів; 2) порядок ведення бухгалтерського обліку та інших операцій в цьому банку; 3) функціональні обов'язки посадових осіб і службовців підприємств та фінансових установ; 4) недоліки в організації господарської діяльності, що сприяють вчиненню економічних злочинів; 5) документи, в яких знайшли відображення ті чи інші операції, але які з різних причин не були вилучені та додані до матеріалів ревізії.

Слідчому потрібно провести **допити** банківських працівників щодо відомих їм обставин вчинення банківських операцій з коштами, на які накладено арешт. Під час допитів потрібно встановити:

- коли надійшли кошти на рахунок; коли і на підставі якого документу на них було накладено арешт;

- які операції проводились по цьому рахунку;

- чи мали місце відхилення від звичайного порядку здійснення банківських операцій;

- коли були вчинені банківські операції з коштами, на які накладено арешт;

- хто мав доступ до операцій з цим рахунком.

Після встановлення підозрюваного та вручення йому повідомлення про підозру необхідно провести його допит, під час якого встановити:

- яким чином підозрюваний отримав доступ до рахунку, на який накладений арешт;

- які обов'язки покладені на нього посадовою інструкцією;

- які дії з коштами, на які накладено арешт, було вчинено особою;

- чи були наявні співучасники;

- яку вигоду отримав підозрюваний внаслідок операцій з коштами, на які накладено арешт.

У певних випадках розслідування цієї категорії злочинів необхідне проведення судових **експертиз:** комп'ютерно-технічної, судово-товарознавчої, судово-економічної – для встановлення розміру заподіяної шкоди, криміналістичної – для дослідження документів.

Предметом комп'ютерно-технічної експертизи є факти й обставини, що встановлюються на основі дослідження закономірностей розробки й експлуатації комп'ютерних засобів, які забезпечують реалізацію інформаційних процесів, котрі зафіксовані в матеріалах кримінального провадження. Експертиза комп'ютерної техніки та програмних продуктів передбачає три самостійних експертних підвиди: 1) експертиза комп'ютерної техніки встановлює факти й обставини, що мають значення у справі і пов'язані із закономірностями функціонування та експлуатації комп'ютерної системи. Основними задачами цього підвиду експертизи є встановлення комплектації, технічного стану та функціональних можливостей комп'ютерної системи; 2) експертиза програмних продуктів встановлює факти й обставини, пов'язані із закономірностями розробки та використання програмних продуктів комп'ютерної системи. Задачею цього підвиду експертизи є визначення призначення, технічних параметрів, вимог, алгоритму, структури, стану та особливостей програмного забезпечення; 3) інформаційно-комп'ютерна експертиза встановлює факти й обставини, пов'язані із закономірностями створення, обробки та збереження інформації на комп'ютерних носіях. Її задачею є пошук, виявлення, відтворення і технічний аналіз інформації, створеної користувачем чи програмами в комп'ютерній системі.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

5.13. Приховування злочину (ст. 396 КК)

(Д. Калмиков)

Об'єкт злочину.

Об'єкт цього складу злочину – нормальна (правильна) діяльність органів досудового розслідування, прокуратури та суду зі своєчасного та ефективного виявлення, припинення, розкриття, розслідування та судового розгляду тяжких та особливо тяжких злочинів.

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона цього складу злочину полягає у заздалегідь не обіцяному приховуванні тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Під ***приховуванням злочину*** слід розуміти будь-які дії чи бездіяльність, за допомогою яких особа намагається ускладнити чи унеможливити виявлення, припинення, розкриття, розслідування або судовий розгляд тяжкого чи особливо тяжкого злочину, вчиненого іншою (іншими) особою (особами).

За загальним правилом, приховування злочину вчиняється шляхом активної поведінки, тобто шляхом виконання певних дій. Утім, диспозиція ст. 396 не виключає можливості вчинення цього злочину й шляхом бездіяльності особи, яка за даних конкретних обставин повинна була встановлювати, повідомляти, документувати, аналізувати чи використовувати інформацію про вчинений злочин і особу, що його вчинила.

> *Саме тому слід погодитися з Деснянським районним судом м. Києва, який визнав винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 396 та ч. 1 ст. 368 КК, інспектора групи з мобілізаційної роботи та цивільної оборони Київського слідчого ізолятора, який 6 липня 2014 р., заступивши начальником варти на чергування по охороні ув'язненого, який знаходився у відділенні невідкладної терапії Київської міської лікарні, та з'ясувавши, що ув'язнений втік з-під варти, не вжив заходів, яких повинен був вжити за цих обставин (зокрема, не повідомив про це чергового по Київському СІЗО і представника Управління Державної пенітенціарної служби). За свою бездіяльність винний отримав від засудженого неправомірну вигоду ще за кілька днів до втечі. Таким чином, суд визнав заздалегідь необіцяним приховуванням тяжкого злочину (ч. 2 ст. 393 КК) бездіяльність особи, яка за цих обставин була зобов'язана повідомити про факт втечі ув'язненого своєму керівництву*[1].

Утім, такого підходу дотримуються не всі суди.

> *Луцький міськрайонний суд Волинської області виправдав дільничого інспектора міліції, яка*

[1] Вирок Деснянський районний суд м.Києва від 3 вересня 2014 р. у справі №754/14043/14-к (провадження №1-кп/754/520/14). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40553645.

жодним чином не відреагувала на факт вчинення в її ж присутності тяжкого злочину (нанесення іншим працівником міліції тілесних ушкоджень потерпілому, що відбулося безпосередньо в приміщенні службового кабінету дільничного пункту міліції №8 Луцького МВ УМВС України у Волинській області)[1] *лише на тій підставі, що, на думку суду, цей злочин може бути вчинено лише шляхом активної поведінки особи*[2].

Типовими способами приховування злочину є:

1) *приховування особи, яка вчинила злочин,* – фізичне чи інформаційне укриття особи, яка вчинила злочин (у т.ч. співучасників, які не є виконавцями), від органів досудового розслідування та суду, зокрема: надання притулку; надання інформації про найбільш безпечні час і маршрути переміщення; забезпечення зміни зовнішнього вигляду; підроблення документів, що посвідчують особу, чи документів, що дозволяють особі виїхати за межі країни; організація незаконного перетину такою особою державного кордону України чи її переміщення на тимчасово окуповані території; знищення чи видозміна інформації про особу, що міститься у реєстрах, базах даних тощо; надання неправдивої інформації про місце перебування особи; оформлення документів, які нібито свідчать про факт перебування особи у певному місці, хоча насправді її там немає, тощо;

2) *приховування знарядь або засобів вчинення злочину* – фізичне чи інформаційне укриття речей, які винний використовував як знаряддя чи засоби учинення злочину, зокрема: переміщення цих речей у таємну схованку або у місця, з яких дістати такі предмети неможливо (глибока річка, колодязь, покинута шахта, сміттєзвалище тощо); таємне зберігання цих речей при собі чи у належних винному схованках; відчуження (дарування, продаж тощо) або передавання у користування цих речей іншим особам (які, як правило, не поінформовані про юридичну природу цих речей); перешкоджання ідентифікації засобу чи знаряддя вчинення злочину шляхом зміни зовнішнього вигляду (перефарбування транспортного засобу, зміна панелі телефону тощо), знищення чи видозміни спеціальних засобів ідентифікації (наприклад, знищення, підробка або заміна номерів вузлів чи агрегатів транспортного засобу); знищення чи значне пошкодження цих речей тощо;

3) *приховування слідів вчинення злочину* – фізичне чи інформаційне укриття змін в навколишньому середовищі, які настали в результаті вчинення злочину чи у зв'язку з ним (крім приховування знарядь або засобів), зокрема: знищення чи приховування тіла вбитого, речей, на яких залишилися сліди злочину (одяг злочинця чи потерпілого, комп'ютер, документація, транспортний засіб, речі домашнього вжитку, будівля тощо) або які випадково залишені злочинцем на місці вчинення злочину (недопалок, волоси тощо); безпосереднє знищення слідів злочину (стирання відбитків пальців злочинця, знищення залишків слизових оболонок злочинця, знищення інформації, що знаходиться на файлових серверах, жорсткому магнітному диску тощо;

4) *приховування майна, здобутого злочинним шляхом,* – фізичне чи інформаційне укриття майна, здобутого злочинним шляхом (способи такого укриття збігаються зі способами утаювання знарядь або засобів учинення злочину), за винятком тих форм утаювання майна, здобутого злочинним шляхом, про які йдеться у ст. 198 (заздалегідь не обіцяне придбання, отримання, зберігання чи збут).

Приховування злочину може відбуватися й за допомогою вчинення будь-яких інших дій/бездіяльності, реалізація яких ускладнює чи унеможливлює виявлення, припинення, розкриття, розслідування або судовий розгляд злочинів. До таких проявів слід відносити випадки свідомої злочинної бездіяльності працівників оперативних підрозділів, поліції, інших органів досудового розслідування, прокурорів і суддів щодо невнесення в ЄДРДР інформації про вчинений злочин, неповідомлення компетентних органів про виявлені факти чи обставини вчиненого злочину (за наявності обов'язку повідомити), не відображення у процесуальних документах інформації, яка стала таким особам відома під час проведення слідчих чи розшукових заходів, надання злочинцю власного транспортного засобу, грошей чи інших речей, які дозволяють останньому ефективно ухилятися від слідства та суду, тощо.

Приховування є «***заздалегідь не обіцяним***», якщо згода на приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину, вчиненого іншою особою, була надана вже *після* того, як з юридичної точки зору

---

[1] Зокрема, не вжила заходів щодо припинення кримінального правопорушення чи затримання особи, слідчо-оперативну групу на місце події не викликала, будь-яких процесуальних документів, які б стали підставою для внесення відомостей за цим фактом до ЄРДР, не склала і не направила їх до відповідного органу досудового розслідування в порядку, передбаченому КПК.

[2] Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 10 червня 2015 р. у справі №161/5054/15-к (провадження №1-кп/161/267/15). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44780436.

цей злочин почав вважатися закінченим. У контексті продовжуваних та триваючих злочинів цей момент не збігається з моментом фактичного припинення злочинної діяльності особи чи перебування такої особи у певному злочинному стані. Тому, наприклад, приховування факту зберігання бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого законом дозволу (ч. 1 ст. 263) є заздалегідь необіцяним і у випадку, коли винна особа продовжує зберігати у себе такі предмети. Надання такої згоди ще до початку вчинення злочину або безпосередньо під час його вчинення є пособництвом у вчиненні злочину.

Обов'язковою об'єктивною умовою настання кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 396, є факт учинення іншою особою тяжкого чи особливо тяжкого злочину (предикатний злочин) – див. ст. 12 КК. При цьому для кваліфікації дій винної особи за ст. 396 не є обов'язковим існування обвинувального вироку суду чи іншого судового акту, в якому цей факт вже доведено в судовому порядку, і щоб цей вирок набрав законної сили.

Приховування злочину є *закінченим* з моменту, коли особа вчинила хоча б одну дію чи акт злочинної бездіяльності, спрямовану на ускладнення чи унеможливлення виявлення, припинення, розкриття, розслідування або судовий розгляд тяжкого або особливо тяжкого злочину, вчиненого іншою особою.

Злочин, передбачений ст. 396, належить до числа злочинів із так званим «формальним» складом. Тому для кваліфікації немає значення, чи призвели вчинені дії/бездіяльність винного до тих наслідків, яких він бажав.

Проте, якщо діяння, спрямовані на приховування тяжкого або особливо тяжкого злочину, не спричинили та не могли спричинити істотної шкоди нормальній діяльності органів досудового розслідування та суду зі своєчасного та ефективного виявлення, припинення, розкриття, розслідування або судового розгляду цих злочинів, то слід розглядати можливість застосування приписів ч. 2 ст. 11 КК. Малозначними можуть бути визнані випадки одноразового надання їжі злочинцю, незначної медичної допомоги, поради щодо розташування найближчого магазину, де можна купити одяг, тощо.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 396, може бути будь-яка фізична осудна особа, яка на момент учинення цього злочину досягла 16-річного віку.

Не є суб'єктом цього злочину особа, яка вчинила предикатний злочин, а також її близькі родичі та члени сім'ї (ч. 2 ст. 396), що випливає із загального конституційного принципу, закріпленого у ч. 1 ст. 63 Конституції.

Близькі родичі та члени сім'ї – чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі (п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК).

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона аналізованого складу злочину характеризуються умислом.

При цьому інтелектуальною ознакою умислу винного має охоплюватися розуміння того, що:

- іншою особою вчинено тяжкий чи особливо тяжкий злочин. При цьому така особа не обов'язково повинна достовірно знати всі обставини вчиненого, вміти правильно кваліфікувати цей злочин за відповідною нормою КК, а також визначати його вид за класифікацією, закріпленою у ст. 12 КК. Достатньо, щоб вона знала про вчинений злочин, а також на рівні загальних знань та життєвого досвіду усвідомлювала, що він вважається небезпечним;

- заборонено приховувати тяжкі та особливо тяжкі злочини, вчинені сторонніми особами;

- в результаті її дій/бездіяльності виявлення, припинення, розкриття, розслідування або судовий розгляд тяжкого або особливо тяжкого злочину, вчиненого іншою особою, може бути суттєво ускладнене чи унеможливлене.

Попри зазначене, винна особа вчиняє цей злочин, бажаючи приховати тяжкий або особливо тяжкий злочин, вчинений іншою особою (вольова ознака умислу).

Якщо особа не знала і не могла знати, що своїми діями/бездіяльністю вона ускладнила чи

унеможливила виявлення, припинення, розкриття, розслідування або судовий розгляд тяжкого або особливо тяжкого злочину (наприклад, не знала про факт учинення предикатного злочину), то кримінальна відповідальність за ст. 396 виключається.

Мотив і мета цього злочину можуть бути різними (користь, співчуття, помста, бажання допомогти тощо) та на кваліфікацію вчиненого не впливають.

Особливості кваліфікації.

Приховування злочину слід відмежовувати від пособництва у вчиненні злочину. Пособником є особа, яка заздалегідь (*до початку* або *безпосередньо під час* вчинення злочину) обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину (ч. 5 ст. 27 КК). Приховування ж злочину має місце лише в тих випадках, коли такі дії були вчинені вже *після того*, як з юридичної точки зору цей злочин було закінчено. Саме тому у ст. 396 говориться про «заздалегідь не обіцяне приховування». У першому випадку має місце один злочин, вчинений у співучасті, а в другому – два різних злочини, в яких виконавцями є різні особи.

За приховування власного злочину кримінальна відповідальність за ст. 396 не настає, оскільки такими діями/бездіяльністю особа реалізує власне право на захист.

Заздалегідь не обіцяне приховування злочину невеликої або середньої тяжкості не є злочином, а тому за такі дії не може наставати кримінальна відповідальність за ст. 396. Інша справа, якщо обраний особою спосіб такого приховування є самостійним злочином, він потребує окремої (відмінної від ст. 396) кваліфікації.

Неповідомлення правоохоронних органів про вже вчинений тяжкий або особливо тяжкий злочин, за загальним правилом, не є підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 396. Винятком є випадки, коли та чи інша особа відповідно до вимог законодавства зобов'язана повідомляти компетентні органи про виявлені нею ознаки вчиненого злочину (наприклад, у разі виявлення злочину, передбаченого ст. 159-1, службова особа НАЗК зобов'язана повідомити про це органи Національної поліції). Ухилення службової особи від обліку або реєстрації у ЄДРДР тяжкого або особливо тяжкого злочину також є одним з різновидів його приховування, а тому така бездіяльність потребує кваліфікації за ст. 396.

У статтях 198, 205 та 256 передбачено кримінальну відповідальність за **спеціальні види приховування злочину.** Тому заздалегідь не обіцяне придбання або отримання, зберігання чи збут майна, завідомо одержаного злочинним шляхом (за відсутності ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом)[1], слід кваліфікувати лише за ст. 198, створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб) з метою прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, – лише за ст. 205, а заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності, – лише за ст. 256. Додаткова кваліфікація за ст. 396 у всіх цих випадках є зайвою.

Вчинення злочину, передбаченого ст. 209 «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом», особою, яка не вчиняла предикатного тяжкого чи особливо тяжкого злочину, також слід вважати спеціальним видом приховування злочину та кваліфікувати лише за ст. 209.

Спеціальним видом приховування злочину слід вважати й самообмову як форму завідомо неправдивого повідомлення про вчинення злочину або дачі завідомо неправдивих показань. Такі дії мають кваліфікуватися лише за ст. 383 чи ст. 384 (без кваліфікації за ст. 396).

Дії винного, який вчинив умисне вбивство з метою приховати злочин іншої особи, додатково кваліфікувати ще й за ст. 396 не потрібно. Якщо вбивство з метою приховання злочину, вчиненого іншою особою, було заздалегідь обіцяне, відповідальність настає за п. 9 ч. 2 ст. 115 і за пособництво в тому злочині, який приховувався[2].

Якщо обраний винним спосіб приховування злочину не є спеціальним видом приховування

---

[1] Слід звернути увагу, що цей вид приховування має стосунок до будь-яких злочинів, а не лише до тяжких чи особливо тяжких.

[2] Див. п. 13 Постанови Пленуму ВС «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 7 лютого 2003 №2.

злочину, але при цьому утворює самостійний склад іншого злочину, то вчинене слід кваліфікувати за ст. 396 та статтею, що описує такий злочин.

Так, додаткової кваліфікації вимагають випадки приховування злочину шляхом викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження, підробки документів або їх використання (статті 357, 358, 366), шляхом організації незаконного перетину особою, яка вчинила тяжкий чи особливо тяжкий злочин, державного кордону України чи її переміщення на тимчасово окуповані території (статті 332, 332-1), шляхом знищення, підробки або заміни ідентифікаційного номера, номерів двигуна, шасі чи кузова, або заміни номерної панелі з ідентифікаційним номером транспортного засобу (ст. 290) тощо.

Якщо предметом приховування є такі знаряддя, засоби чи майно, здобуте злочинним шляхом, придбання, зберігання чи збут яких утворює самостійний склад злочину, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: за ст. 396 та статтею, що описує такий злочин (зокрема, за статтями 263, 265, 300, 301, 307, 309, 311, 321, 359).

Якщо приховування злочину вчиняє службова особа з використанням службового становища та з метою отримання неправомірної вигоди (чи в результаті її фактичного отримання), то її дії мають кваліфікуватися за ст. 396 та відповідною частиною статей 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369-2.

Практика реалізації заборони, найбільш поширені способи («схеми») вчинення злочину.

1. Стаття 396 досить широко застосовується на практиці. За інформацією ДСА, за останні 10 років за цією статтею було засуджено 875 осіб, а виправдано – 9 осіб.

2. За результатами вивчення понад двохсот вироків у цій категорії кримінальних проваджень встановлено, що в абсолютній більшості випадків ці злочини вчиняються не службовими особами.

3. Випадки, коли приховування злочину обумовлене бажанням службової особи отримати неправомірну вигоду за вчинені дії чи будь-яким іншим чином пов'язане із корупцією, трапляються рідко. За результатами наскрізного аналізу ЄДРСР вдалося знайти лише один обвинувальний вирок за ст. 396, у якому приховування злочину було обумовлено фактом отримання представником влади неправомірної вигоди[1].

5.14. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 396 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Приховування злочинів є поширеним способом протидії розслідуванню. Особливу складність має приховування корупційних та службових злочинів, оскільки способи їх приховування є значно витонченішими.

Розглянемо загальний алгоритм розслідування злочинів цієї категорії.

Аналіз матеріалів слідчо-судової практики дозволяє виділити такі **типові слідчі ситуації** при розслідуванні цієї категорії злочинів:

1) приховування злочину розслідується шляхом об'єднання в одне кримінальне провадження матеріалів досудових розслідувань приховання злочину й тяжкого або особливо тяжкого злочину, який був прихований;

2) приховування злочину розслідується окремо від тяжкого або особливо тяжкого злочину, який був прихований. Виходячи із засади повноти, всебічності та об'єктивності досудового розслідування рекомендується, за можливості, використовувати перший варіант типової слідчої ситуації.

У першій ситуації відповідно до ст. 246 КПК можуть бути проведені всі передбачені КПК негласні слідчі (розшукові) дії. У другій ситуації слідчий може проводити тільки такі негласні слідчі (розшукові) дії, як: зняття інформації з електронних інформаційних систем (ч. 2 ст. 264 КПК); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК).

Інформація про приховування злочину надходить слідчому під час розслідування злочину, який

---

[1] Вирок Деснянський районний суд м.Києва від 3 вересня 2014 р. у справі №754/14043/14-к (провадження №1-кп/754/520/14). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40553645.

особи намагаються приховати. В зв'язку з цим слідчому потрібно уважно підійти до проведення огляду місця події з метою виявлення ознак інсценування або інших способів приховування злочину.

Потрібно пам'ятати і враховувати у практичній розроблені криміналістикою **типові способи приховування злочину:**

- приховування інформації та (або) її носіїв. Приховування може здійснюватися в пасивній та активній формах. Пасивна форма передбачає замовчування, відмову від дачі показань, невиконання дій, що вимагають, а активна – приховування предмета посягання, речових доказів, ухилення від явки до органів розслідування;

- знищення інформації та (або) її носіїв. Знищення включає знищення як слідів, так і носіїв доказової інформації;

- маскування інформації та (або) її носіїв. Маскування має на меті зміни уявлення про спосіб вчинення злочину та об'єкти (суб'єктів), що з ним пов'язані;

- фальсифікація інформації та (або) її носіїв. Фальсифікація, на відміну від маскування, – це створення неправдивої інформації або її носіїв. Вона може мати місце при неправдивому алібі, завідомо неправдивих свідченнях, неправдивому доносі тощо;

- інсценування є комбінованим способом приховування злочину. Інсценування злочину – це створення обстановки, невідповідної події, яка фактично відбулася на цьому місці, що може доповнюватися поведінкою, погоджується з цією обстановкою і помилковими повідомленнями як виконавців інсценування, так і пов'язаних з ними осіб. В основі інсценування злочину завжди лежить штучне створення матеріальних слідів події.

Інсценування може переслідувати такі цілі:

а) створення видимості здійснення у визначеному місці іншого злочину і приховування ознак справжньої події;

б) створення видимості події, що відбулася на цьому місці, яка не має кримінального характеру, для приховування скоєного злочину;

в) створення помилкового уявлення про окремі деталі фактично скоєного злочину або про окремі елементи його складу: інсценування скоєння злочину іншою особою, в іншому місці, з іншою метою чи за інших мотивів.

Способи приховування злочинів мають різну мету, а саме приховати: саму подію злочину; її злочинний характер; участь і зацікавленість у ньому злочинця.

Типовою є наступна ситуація щодо приховування злочину.

> *14 грудня 2017 р. К. декілька разів, починаючи з 18.53 год., телефонував Н. та просив прийти до нього додому. У відповідь Н., не володіючи інформацією про причину запрошення, погодився на зустріч та о 19.18 год. 14 грудня 2017 р. прийшов до будинку К., де останній показав йому труп, під час розмови повідомив, що вважає за необхідне приховати сліди злочину та попросив Н. допомогти йому перемістити труп до автомобіля. 14 грудня 2017 р. о 19.18 год. Н., з метою приховування слідів особливо тяжкого злочину, допоміг К. винести тіло померлого з будинку та покласти труп таким чином, щоб мати можливість закрити дверцята, на заднє сидіння автомобіля*[1]**.**

Основними способами вчинення приховування злочинів є: приховування злочинця (надання сховища, транспортних засобів, одягу, зміна зовнішнього вигляду, забезпечення злочинця підробленими документами), слідів злочину, засобів та знарядь вчинення злочину, викрадених речей, легалізації (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом.

Способами приховування злочинів, передбачених ст. 396, найчастіше є: дача неправдивих показань, у т.ч. створення особі неправдивого алібі; переміщення чи знищення носіїв інформації, які б свідчили про вчинення цього злочину; знищення засобів, предметів та інших знарядь, за допомогою яких було вчинено приховування злочину, тощо.

Окремо доцільно виокремити способи приховування службових злочинів. Для злочинів у сфері службової діяльності характерним є приховування злочину в цілому, приховування факту участі службової особи в злочині, приховування слідів злочину (службове підроблення). Головними **способами приховування службових злочинів** є: фальсифікація обліку й звітності; внесення

---

[1] Вирок Конотопського міськрайонного суду Сумської області від 30 серпня 2018 року у справі №577/620/18. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76175513

змін до документів; заміна або виготовлення фіктивних документів; знищення документів; штатні переміщення; знищення матеріальних слідів злочину; підписання актів здачі-прийняття замовлених послуг без їх існування тощо. Такий злочин як службове підроблення сам по собі є способом приховування інших злочинів у сфері службової діяльності.

Способи приховування корупційних злочинів досить типові. Зокрема:

- підроблення в документах або виготовлення нових про прийом на роботу, організацію нових посадових структур;
- виправлення дат, підроблення підписів у документах, які фіксують відкриття приватних підприємств тощо;
- підготовка неправомірних управлінських рішень про надання монопольного права торгівлі нафтопродуктами або електроенергією;
- виготовлення документів на аукціонну ціну будинків і споруд, що приховують недоліками останніх, яких насправді немає;
- поширення відомостей про сувору дисципліну й непідкупність окремих чиновників установи з метою створення маскувальної «ширми» тощо.

Після встановлення способу приховування злочину слідчий вносить відомості в ЄРДР. Керівнику органу досудового розслідування, визначаючи слідчого, який буде проводити досудове розслідування, доцільно призначати того ж слідчого, який розслідує злочин, який приховувався.

Первинними слідчими діями повинні бути **допити** свідків-очевидців (за їх наявності) щодо обстановки вчиненого злочину, осіб, які перебували на місці події, їх дій щодо приховування злочину.

Огляд місця події доцільно проводити у випадку, коли в основній справі він проведений неповно, зроблені фотознімки місця події не повною мірою відображають обставини справи.

Найчастіше при встановленні особи злочинця, який приховав злочин, проводиться така негласна слідча (розшукова) дія, як **установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу зв'язку.** Ця дія проводиться з метою встановлення місцезнаходження абонентів з якими спілкувався підозрюваний під час або після вчинення злочинів. За допомогою цієї процесуальної дії можна встановити місце, час вхідних і вихідних з'єднань абонента, дані абонента (прізвище, ім'я, по батькові), номер телефону, IMEI-код мобільного пристрою[1].

Установлення місцезнаходження радіоелектронного пристрою можливе як в режимі реального часу, так і в конкретний період минулого. В зв'язку з цим потрібно розмежовувати випадки, коли слід проводити НСРД, а коли можна використати для отримання інформації інші процесуальні інститути.

Так, відповідно до п. 7 ч. 1. ст. 162 КПК, до охоронюваної законом таємниці, яка міститься в речах і документах, належать: інформація, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у т.ч. отримання послуг, їх тривалості, змісту, маршрутів передавання тощо. Отже, як вбачається зі змісту цієї норми, інформація, яка є предметом установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, водночас є предметом такого заходу забезпечення провадження, як **тимчасовий доступ** до речей та документів.

В зв'язку з цим, розмежування між цими способами отримання інформації потрібно проводити за наступними критеріями. Якщо слідчому (прокурору) необхідно отримати інформацію про зв'язок, що відбувся в минулому (постфактум), у т.ч. про місцезнаходження радіоелектронного засобу у певний день та час, то така інформація отримується в порядку, передбаченому статтями 159,162 КПК, тобто слідчий за погодженням з прокурором звертається до слідчого судді із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю.

Особа, зазначена в ухвалі слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів як володілець речей або документів, зобов'язана згідно з ч. 1 ст. 165 КПК надати тимчасовий доступ до визначених в ухвалі речей або документів особі, вказаній у відповідній ухвалі слідчого судді, суду або ж особі, уповноваженій на здійснення тимчасового доступу на підставі доручення слідчого. Ураховуючи специфіку формату зберігання інформації, що передбачена у п. 7 ч. 1 ст. 162 КПК і знаходиться в операторів (провайдерів) телекомунікацій, надання доступу до відповідних документів (тобто надання можливості ознайомитися з ними та зробити з них копії) може здійснюватися як безпосередньо в оператора (провайдера), так і шляхом надання доступу до відповідних документів

---

[1] Четвертак Д. Ю.Взаємодія слідчого з оперативними підрозділами органів внутрішніх справ при розслідуванні приховування злочинів. Д. Ю. Четвертак //Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. – 2014. – Вип. 14. – С. 143.

уповноваженому на зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж підрозділу правоохоронного органу через відповідні інформаційні системи відповідно до встановленого порядку з обов'язковим наданням копії ухвали слідчого судді відповідному оператору (провайдеру).

Якщо ж слідчому (прокурору) потрібно локалізувати місцезнаходження радіоелектронного засобу в режимі реального часу (отримати інформацію про те, де перебуває відповідний засіб на момент спостереження за ним, визначити маршрут його перебування), то повинен застосовуватися механізм, передбачений ст. 268 КПК, – установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, як НСРД.

Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу до постановлення ухвали слідчого судді може бути розпочато на підставі постанови слідчого, прокурора лише у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Крім того, встановити осіб, які допомагали приховувати злочин, може сам **допит підозрюваного** по основній справі. Під час такого допиту, якщо особа йде на контакт, потрібно встановити:

- який спосіб приховування злочину використовувався?
- чи домовлявся підозрюваний заздалегідь з іншими особами про приховування злочину?
- які дії щодо приховування вчинялися кожним із учасників?
- чи отримували вони за це вигоду і в якій формі та розмірі?

Після встановлення осіб, які вчинили приховування злочину, прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі **повідомлення про підозру,** в якому, крім відомостей, передбачених ст. 277 КПК, має бути зазначено, що підозрюваний не є членом сім'ї чи близьким родичем особи, чий злочин він приховував.

Також у цій категорії справ доцільно проводити **слідчий експеримент,** під час якого підозрюваний має показати, як потрапив до житла чи іншого володіння особи, ділянки місцевості, які дії і як саме вчиняв щодо приховування злочину.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору. Як свідчить судова практика, більшість справ цієї категорії надходить до суду з угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469-472 КПК.

Розділ 6.

СУМІЖНІ З КОРУПЦІЙНИМИ ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПІДСЛІДНІ ПІДРОЗДІЛУ ВНУТРІШНЬОГО КОНТРОЛЮ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО УКРАЇНИ

Загальні положення до розділу *(К. Задоя)*

Згідно з абз. 4 п. 3 ч. 5 ст. 216 КПК у разі встановлення підрозділом внутрішнього контролю НАБУ злочинів, передбачених статтями 354, 364-370, які були вчинені службовою особою НАБУ (крім Директора Бюро, його першого заступника та заступника), такі злочини розслідуються детективами зазначеного підрозділу.

Перелік видів злочинів, що можуть бути підслідні підрозділу внутрішнього контролю НАБУ, є досить різнорідним. Одна частина з цих злочинів є ***корупційними*** в розумінні ст. 45 КК, інша частина – ні. Віднесення до підслідності підрозділу внутрішнього контролю НАБУ злочинів, що не визнаються законодавцем корупційними, можна пояснити прагненням забезпечити інституційну незалежність Бюро від інших правоохоронних органів. Однак з огляду на таку мету коло злочинів, що віднесені до підслідності підрозділу внутрішнього контролю НАБУ, виглядає неоднозначним. Наприклад, у переліку знайшлося місце перевищенню влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365), але водночас у ньому не згадуються злочини, які, з огляду на їх законодавчі характеристики, вважають спеціальними різновидами перевищення влади або службових повноважень (наприклад, злочини, передбачені статтями 371–374), або ж злочини із загальним суб'єктам, що нерідко вчиняються правоохоронцями (наприклад, злочини передбачені статтями 127, 162).

Цей розділ книги присвячено характеристиці тих підслідних підрозділу внутрішнього контролю НАБУ злочинів, які не є корупційними в розумінні ст. 45 КК: перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365); службове підроблення (ст. 366); службова недбалість (ст. 367); провокація підкупу (ст. 370).

Зазначені злочини істотно різняться між собою за ознаками об'єктивного та суб'єктивного характеру. За особливостями конструкції об'єктивної сторони частина з складів цих злочинів є формальними (ч. 2 ст. 365, ч. 1 ст. 366, ст. 370), а решта – матеріальними. Усі некорупційні злочини, підслідні підрозділу внутрішнього контролю НАБУ (за винятком службової недбалості, що є необережним злочином), вчиняються з умисною формою вини, однак при цьому в ряді випадків ставлення особи до наслідків може мати необережний характер (частини 1, 3 ст. 365, ч. 2 ст. 366). Різняться вказані злочини й за ознаками суб'єкта злочину: суб'єктом однієї частини з них є службова особа (статті 366, 367), іншої – працівник (службова особа) правоохоронного органу (ст. 365, ч. 2 ст. 370), а суб'єкт основного різновиду провокації підкупу (ч. 1 ст. 370) взагалі є загальним.

Склади злочинів, передбачених статтями 365, 366, 367, 370, є **суміжними** зі складами окремих корупційних злочинів. Наприклад, склади перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу відмежовуються від складів зловживання владою або службовим становищем (ст. 364) перш за все за змістом діяння. Схожість законодавчої характеристики корупційних злочинів та злочинів, передбачених статтями 365, 366, 367, 370, покладає на суб'єкта кваліфікації додаткову відповідальність, оскільки невірна кримінально-правова оцінка дій особи призведе до уникнення обвинуваченим несприятливих правових наслідків, які передбачені в Загальній частині КК для корупційних злочинів, або ж, навпаки, зумовить безпідставне застосування зазначених наслідків до винного.

Можна вважати цілком реалістичними ситуації, коли злочини, передбачені статтями 365, 366, 367,

370, набувають корупційного «забарвлення» в сенсі ст. 1 Закону «Про запобігання корупції»[1], однак за визначенням абз. 4 п. 3 ч. 5 ст. 216 КПК підслідність підрозділу внутрішнього контролю НАБУ не обмежується лише такими випадками (наприклад, детектив НАБУ вчинив перевищення влади не у зв'язку з одержанням неправомірної вигоди, а з метою досягнути прогресу під час здійснення досудового розслідування). Таким чином, подальша характеристик ознак складів цих злочинів на сторінках цього розділу книги не буде обмежуватись лише тими ситуаціями, коли є підстави вважати злочини, передбачені статтями 365, 366, 367, 370, проявами корупційної поведінки.

6.1. Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365 КК)

(К. Задоя)

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Положення кримінального законодавства, що встановлюють відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, є однією з гарантій додержання вказаного зобов'язання.

До 28 січня 2014 р. суб'єктами відповідальності за перевищення влади або службових повноважень були всі службові особи в розумінні пунктів 1, 2 примітки до ст. 364, однак з набранням чинності Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції» суб'єктами злочину, передбаченого ст. 365, є лише працівники правоохоронних органів.

Ця законодавча новела в поєднанні із законодавчими змінами, які стосувались змісту ознаки «істотна шкода» (див. про це коментар до ст. 364) створили ситуацію, за якої застосування ст. 365 зводиться у правозастосовчій практиці до поодиноких випадків інкримінування кваліфікованого різновиду перевищення влади або службових повноважень (ч. 2 ст. 365). При цьому ст. 365 до законодавчих змін 2014 року мала істотний антикорупційний «потенціал», який був фактично зведений нанівець. Зокрема, раніше у правозастовчій практиці траплялись хоча й не численні, але й непоодинокі, випадки застосування положень ст. 365 у ситуаціях, які можна умовно назвати корупційними. Прикметною особливістю таких ситуацій було те, що перевищення влади або службових повноважень вчинялось, як правило, особою, що не була працівником правоохоронного органу.

> *Вироком Обухівського районного суду Київської області від 30 січня 2008 р. в справі №1-33-08[2] було засуджено сільського голову, який всупереч законодавству ухвалював рішення про виділення земельних ділянок на користь своїх знайомих.*

Наразі кваліфікація подібних випадків за ст. 365 майже не трапляється хоча б тому, що нині суб'єктами злочину, передбаченого вказаною статтею, є виключно працівники правоохоронних органів, стосовно яких ст. 365 у більшості випадків застосовується за наявності кваліфікуючих ознак, передбачених її частиною другою.

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивну сторону перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу утворюють: 1) діяння; 2) наслідки; 3) причиновий зв'язок між діянням та наслідками.

Діяння як елемент основного складу перевищенням влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ч. 1 ст. 365) може мати форму виключно **дії.** Вчинення цього злочину шляхом бездіяльності неможливе.

Свого часу ПВС в абз. 2 п. 5 постанови «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» від 26.12.2003 р. №15 окреслив коло дій, які за наявності інших необхідних умов, дають підстави визнавати особу винною у перевищенні влади або службових повноважень. Оскільки подальші законодавчі зміни до ст. 365 і прямо, і приховано не стосувались

---

[1] Виняток становить службова недбалість, яка за жодних умов не може розглядатись як прояв корупції.

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5885934

характеристик такого елементу злочину як діяння, вказаний правозастосовчий орієнтир не втрачає свого значення для сучасної судової практики.

Наприклад, в одній із своїх ухвал ВСС, не посилаючись на абз. 2 п. 5 постанови ПВС від 26 грудня 2003 р. №15 безпосередньо, тим не менш майже дослівно відтворив його зміст (ухвала в справі №5-1202км16 від 25 лютого 2016 р.)[1].

Таким чином, перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу може полягати у вчиненні дії:

1) що відноситься до компетенції іншого працівника правоохоронного органу або іншої службової особи;

2) виконання якої дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності хоча б однієї з цих умов;

3) одноособово, яка могла бути вчинені лише колегіально;

4) яку ніхто не має права виконувати або дозволяти

В постанові ВС в справі №5-7кс14 (так звана «справа Юлії Тимошенко») від 14 квітня 2014 р.[2] вказано: «Формулювання «перевищення влади або службових повноважень, тобто умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень» дає підстави визнати, що ця службова особа або інша службова особа чи певний орган по суті має права чи наділена повноваженнями вчиняти певні дії, але лише за наявності підстав і в порядку, визначених законом або підзаконним актом».

Ця правова позиція серйозно не узгоджується зі згаданим вище п. 5 постанови ПВС від 26 грудня 2003 р. №15, адже звужує зміст об'єктивної сторони перевищення влади або службових повноважень лише до однієї із чотирьох альтернатив, передбачених попереднім правозастосовчим орієнтиром. Оскільки постанова від 14 квітня 2014 р. була ухвалена ВС в порядку п. 2 ч. 1 ст. 445 КПК (у редакції, яка була чинною на момент подання заяви про перегляд рішення суду касаційної інстанції), а саме – у зв'язку із встановленням міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань – сформульовані в цьому процесуальному акті правові висновки ВС, на відміну від правових позицій, висловлених ним при перегляді судових рішень з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність, не можуть вважатись обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень та для всіх судів України. Відповідно, судження ВС щодо змісту дії в складі перевищення влади або службових повноважень, викладені постанові в справі №5-7кс14 від 14 квітня 2014 р. не можуть вважатись обов'язковими для суб'єктів владних повноважень при застосуванні кримінального закону.

Кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 365 настає виключно за умови спричинення дією працівника правоохоронного органу **наслідків** у вигляді ***істотної шкоди***. Щодо змісту ознаки «істотна шкода» див. п. 3 примітки ст. 364 та коментар до неї.

Якщо працівник правоохоронного органу перевищив владу або службові повноваження з метою запобігти шкідливим наслідкам, більш значним, ніж фактично заподіяна шкода, і їх не можна було відвернути іншими засобами, то його дії як вчинені в стані крайньої необхідності відповідно до ст. 39 КК не можуть бути визнані злочинними (див. п. 15 постанови ПВС від 26 грудня 2003 р. №15).

Питання про відповідальність працівника правоохоронного органу, що перевищив владу або службові повноваження на підставі наказу чи розпорядження керівника, вирішується з урахуванням вимог ст. 41 КК (див. п. 16 постанови ПВС від 26 грудня 2003 р. №15).

Суб'єктивна сторона злочину.

З суб'єктивної сторони перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу в цілому є умисним злочином, однак ставлення до наслідків у вигляді істотної шкоди може бути й необережним (див. абз. 3 п. 4 постанови ПВС від 26 грудня 2003 р. №15).

Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу настає лише за умови, що вихід особи за межі наданих їй прав або повноважень був ***явним***. У зв'язку з цим необхідно враховувати, наскільки вихід за межі наданих прав та повноважень був очевидним для працівника правоохоронного органу, і чи усвідомлював він

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56161078

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39493122

протиправність своєї поведінки. Перш за все, при вирішенні питання про те, чи був вихід за межі наданих прав або повноважень явним, судам слід з'ясувати, якими правовими актами (законами, підзаконними актами, службовими інструкціями тощо) регламентувались права та повноваження працівника правоохоронного органу. Якщо це питання у відповідних правових актах було вирішено суперечливо, і як наслідок не можна дійти однозначного висновку, чи була вчинена особою дія протиправною, явний вихід за межі наданих прав або повноважень відсутній і особа не підлягає відповідальності за ст. 365.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365, є ***працівник правоохоронного органу***. Виходячи з ч. 1 ст. 2 Закону «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», працівниками правоохоронних органів слід вважати працівників органів прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, ВСПЗС, органів охорони державного кордону, органів доходів і зборів, органів і установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, органів державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інших органів, які здійснюють правозастосовчі або правоохоронні функції.

При цьому, однак, працівниками правоохоронного органу слід вважати не всіх осіб, які перебувають у трудових правовідносинах з правоохоронними органами, а лише тих із них, чиї посадові обов'язки пов'язані з виконанням правозастосовчих та правоохоронних функцій (див. абз. 4 п. 5 постанови ПВС «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів» від 26 червня 1992 р. №8). Відповідно, не можуть визнаватись працівниками правоохоронного органу, наприклад, секретарі, прибиральники, кухарі, що перебувають у трудових правовідносинах з відповідним правоохоронним органом.

Кваліфіковані види злочину.

Відповідальність за види перевищення влади або службових повноважень, передбачені ч. 2 ст. 365, настає за наявності хоча б однієї із кваліфікуючих ознак, передбачених цим положенням закону: 1) насильство; 2) погроза насильством; 3) застосування зброї; 4) застосування спеціальних засобів; 5) вчинення болісних дій; 6) вчинення дій, що ображають особисту гідність потерпілого.

Попри те, що в ч. 2 ст. 365 кваліфікуючі ознаки пов'язується з ознаками основного складу злочину словом ***«супроводжувалися»***, судова практика традиційно застосовує ч. 2 ст. 365 й тоді, коли перевищення влади або службових повноважень виявилось виключно в одній чи кількох діях працівника правоохоронного органу, спеціально передбачених ч. 2 ст. 365.

В абз. 2 п. 7 постанови ПВС від 26.12.2003 р. №15 зазначено, що «перевищення влади або службових повноважень, супроводжуване насильством, застосуванням зброї або болісними й такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями (ч. 2 ст. 365), як правило, вже за змістом цих дій свідчить про заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам громадян». Стрижень цього правозастосовчого орієнтиру полягає у тому, що передбачені ч. 2 ст. 365 кваліфікуючі ознаки презумптивно свідчать про спричинення істотної шкоди.

Ця правова позиція знайшла підтримку в п. 34 постанови Великої палати ВС від 5 грудня 2018 р. в справі №301/2178/13-к*: «*Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365, вичерпується діями, які явно виходять за межі наданих працівнику правоохоронного органу прав чи повноважень і містять принаймні одну з ознак: супроводжуються насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування»[1].

При кваліфікації різновиду перевищення влади або службових повноважень, передбаченого ч. 2 ст. 365, не слід зважати на правову позицію щодо змісту ознаки «істотна шкода», яка була висловлена ВС в постанові від 27 жовтня 2016 р. в справі №5-99кс16 (див. детальніше коментар до ст. 364). У п. 28 постанови Великої палати ВС від 5 грудня 2018 р. спеціально зазначається, що: «Заподіяння наслідків у вигляді істотної шкоди в розумінні пункту третього примітки ст. 364 КК не є обов'язковою умовою для кваліфікації дій особи за ч. 2 ст. 365 КК».

Насильство при перевищенні влади або службових повноважень працівником правоохоронного

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78529879

органу (ч. 2 ст. 365) може полягати у незаконному позбавленні волі, умисному заподіянні тілесних ушкоджень, удару, побоїв, інших насильницьких дій, що завдали фізичний біль і не спричинили тілесних ушкоджень (див. п. 8 постанови ПВСУ «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» від 26.12.2003 р. №15).

Під ***погрозою*** застосування насильства слід розуміти погрозу будь-яким фізичним насильством. Оскільки в ч. 2 ст. 365 законодавець передбачив ознаку «погроза застосування насильства», а не ознаку «погроза його [насильства] застосування», перша з цих ознак, очевидно, охоплює й погрози такими проявами фізичного насильства, які самі по собі змістом ознаки «насильство» на рівні ч. 2 ст. 365 не охоплюються, зокрема погрози викраденням потерпілого чи згвалтуванням.

В абз. 1 п. 13 постанови ПВС від 26 грудня 2003 р. №15 під ***зброєю*** розуміються лише предмети, призначені для ураження живої сили. Водночас п. 3 постанови Пленуму ВС «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами» від 26.04.2002 р. №3 допускає, що зброя може бути призначена й для знищення чи пошкодження оточуючого середовища. Видається, немає обґрунтованих підстав для більш вузького (порівняно зі статтями 262-264, 410) розуміння поняття «зброя» в ч. 2 ст. 365. Зброя, здатна завдавати шкоди чи знищувати оточуюче середовище, перебуває на озброєнні правоохоронних органів (наприклад, Національної гвардії України) та в умовах збройної агресії Російської Федерації проти України реально використовується (може бути використана) працівниками цих органів. Зброя, про яку йдеться в ч. 2 ст. 365, може бути як вогнепальною, так і холодною.

Під ***спеціальними засобами*** у ч. 2 ст. 365 слід розуміти перелік предметів, визначений Законом «Про Національну поліцію» та постановою Ради Міністрів УРСР «Про затвердження Правил застосування спеціальних засобів при охороні громадського порядку» від 27 лютого 1991 р. №49, а саме: засоби індивідуального захисту, засоби активної оборони, засоби забезпечення спеціальних операцій, пристрої для відкриття приміщень, захоплених правопорушниками.

Розглядаючи справи, пов'язані з незаконним застосуванням зброї чи спеціальних засобів працівниками правоохоронного органу, які мають право володіти нею, слід керуватися нормативними актами, що визначають підстави й порядок їх застосування цими особами.

Застосування зброї або спеціальних засобів передбачає не тільки заподіяння чи спробу заподіяння за їх допомогою шкоди оточуючому середовищу (його пошкодження чи знищення), тілесних ушкоджень або смерті потерпілого, а й погрозу ними.

Застосування щодо потерпілого пневматичної чи охолощеної зброї, бойових припасів вибухової дії (гранат, мін тощо), вибухових пристроїв чи вибухових речовин, знарядь, пристосованих для нанесення тілесних ушкоджень (наприклад, «коктейлів Молотова»), нацьковування на нього службових собак має кваліфікуватись за ч. 2 ст. 365 за ознаками застосування насильства або погрози застосуванням насильства.

У разі застосування працівником правоохоронного органу при перевищенні влади або службових повноважень зброї, бойових припасів, вибухових пристроїв чи вибухових речовин, якими він заволодів чи володів незаконно, його дії за наявності відповідних обставин необхідно додатково кваліфікувати за статтями 262, 263, 263-1.

Болісними й такими, що ображають особисту гідність потерпілого (ч. 2 ст. 365, необхідно вважати дії, які завдають йому особливого фізичного болю чи моральних страждань. Вони можуть полягати у тривалому позбавленні людини їжі, води, тепла, залишенні її у шкідливих для здоров'я умовах, використанні вогню, електроструму, кислоти, лугу, радіоактивних речовин, отрути, а також у приниженні честі, гідності, заподіянні душевних переживань, глумлінні тощо (див. п. 9 постанови ПВС від 26.12.2003 р. №15).

Щодо змісту **особливо кваліфікуючої ознаки *«тяжкі наслідки»***, передбаченої ч. 3 ст. 365, див. п. 4 примітки до ст. 364 та коментар до неї.

З огляду на те, що ВС у постанові від 27 жовтня 2016 р. в справі №5-99кс16 обумовив необхідність тлумачення ознаки «тяжкі наслідки» у той самий спосіб, що й ознаки «істотна шкода», перша із цих ознак більше не повинна братись до уваги для вирішення питання про те, чи не потребують дії особи додаткової кваліфікації за сукупністю злочинів. Відповідно, факт спричинення тяжких наслідків обумовлює лише інкримінування особі на рівні ст. 365 частини 3, а не 1 або 2.

Наприклад, перевищення влади або службових повноважень, що супроводжувалось заподіянням

умисного тяжкого тілесного ушкодження, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів (з огляду на співвідношення санкцій ч. 2 ст. 365 та ст. 121), незалежно від того, чи досягала, наприклад, вартість лікування потерпілого 250 нмдг. У випадку, якщо лікування перевищило вказаний показник, дії винного кваліфікуються не за ч. 2 ст. 365, а за ч. 3 ст. 365, однак і за цих обставин скоєне все одно слід додатково кваліфікувати за відповідною частиною ст. 121.

Складні випадки кваліфікації злочину.

Умисне заподіяння потерпілому легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, удару, побоїв, інших насильницьких дій, що спричинили фізичний біль, але не завдали тілесних ушкоджень, вчинення щодо нього мордування та незаконного позбавлення волі охоплюється ч. 2 ст. 365 та не потребує додаткової кваліфікації за сукупністю злочинів (такий підхід випливає з абз. 1, 2 п. 11 постанови ПВС «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» від 4 червня 2010 р. №7).

При кваліфікації дій працівників правоохоронних органів, що вчиняють перевищення влади або службових повноважень, слід виходити з того, що всі види погроз насильством враховано законодавцем у диспозиції ч. 2 ст. 365, а отже – вони також не потребують додаткової кваліфікації (див. абз. 2 п. 10 постанови ПВС від 4 червня 2010 р. №7).

Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, поєднане з незаконним позбавленням особи волі (ч. 1 або ч. 2 ст. 146), кваліфікується за ч. 2 ст. 365 (див. абз. 1, 2 п. 11 постанови ПВС від 4 червня 2010 р. №7). Якщо ж незаконне позбавлення волі було вчинено за обставин, передбачених ч. 3 ст. 146, то скоєне кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених цим положенням закону та ч. 2 ст. 365.

Умисне заподіяння смерті (див. абз. 3 п. 11 постанови ПВС від 4 червня 2010 р. №7) чи тяжкого тілесного ушкодження (див. абз. 1, 2 п. 11 тієї ж постанови) при перевищенні влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 365 та відповідною частиною статей 115 чи 121 або іншим положенням кримінального закону, що встановлює відповідальність за умисне заподіяння смерті чи тілесних ушкоджень певним категоріям осіб (наприклад, ч. 3 ст. 345 чи ст. 348).

Умисне вбивство або умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, вчинене працівником правоохоронного органу при перевищенні меж необхідної оборони, відповідно до ч. 3 ст. 36 кваліфікується за ст. 118 або ст. 124 (див. абз. 2 п. 11 постанови ПВС від 26.12.2003 р. №15).

Необережне спричинення працівником правоохоронного органу смерті потерпілого, заподіяння йому тяжкого чи середньої тяжкості тілесного ушкодження або доведення до самогубства чи до спроби самогубства у кваліфікується, відповідно, за статтями 119, 120 чи 128 та за наявності достатніх підстав за відповідною частиною ст. 365.

Катування, вчинене працівником правоохоронного органу з використанням свого становища, слід кваліфікувати лише за відповідною частиною ст. 127, в силу прямого застереження, передбаченого ч. 2 ст. 365.

Перевищення влади або службових повноважень, поєднане зі знищенням чи пошкодженням чужого майна, за наявності достатніх підстав кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 365 та іншим положенням кримінального закону (наприклад, статті 194, 196, 347, 352, 378, 399).

Так само за наявності достатніх підстав потребує додаткової кваліфікації погроза знищенням чи пошкодженням майна (наприклад, ст. 195, ч. 1 ст. 345, ч. 1 ст. 346, ч. 1 ст. 350), що була поєднана з перевищенням влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу.

В окремих випадках кримінальна відповідальність службових осіб (наприклад, ч. 4 ст. 157) чи окремих категорій службових осіб (наприклад, ст. 373) може наставати на підставі положень кримінального закону, не передбачених розділом XVII Особливої частини КК. Створивши такі положення, законодавець тим самим виключив відповідні ситуації зі сфери дії норм розділу XVII Особливої частини КК. Таким чином, одні й ті самі факти за жодних умов не повинні одержувати додаткову оцінку ще й за ст. 365, якщо вони лягли в основу обвинувачення особи у вчиненні злочину, що не передбачений розділом XVII Особливої частини КК, суб'єктом якого є службова особа (певна категорія службових осіб). Наприклад, якщо втручання працівником правоохоронного органу у здійснення виборчою комісією її повноважень завдало матеріальні збитки в розмірі понад 100 нмдг,

скоєне слід кваліфікувати лише за ч. 4 ст. 157. Додаткова кваліфікація за ст. 365 у даному випадку буде помилковою.

Особа, яка вчинила злочин, передбачений ст. 365, може бути **звільненою:**

1) від кримінальної відповідальності – у разі вчинення злочину, передбаченого будь-якою частиною ст. 365, на підставі ст. 49, якщо минуло п'ять років з дня вчинення злочину для випадків ч. 1 ст. 365, десять років – для випадків частин 2 і 3 ст. 365. Крім того, особа, які вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 365, може бути звільнена від кримінальної відповідальності на підставах, передбачених статтями 47-48;

2) від покарання – на підставах, передбачених частинами 4, 5 ст. 74, статтями 75, 79, 86.

У випадку вчинення злочину, передбаченого ст. 365, суд може застосувати **спеціальну конфіскація майна** в силу загального правила, передбаченого ч. 1 ст. 96-1, оскільки санкції усіх частин ст. 365 передбачають покарання у виді позбавлення волі.

Зважаючи на особливості об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 365, може йтися про спеціальну конфіскацію знарядь та засобів вчинення злочину (п. 4 ч. 1 ст. 96-2 КК).

Відповідно до ст. 96-3 КК вчинення злочину, передбаченого ст. 365, не визнається підставою для застосування **заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.**

6.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 365 КК

(В. Луцик)

Загальні положення.

Розслідуванню перевищення влади або службових повноважень співробітниками правоохоронних органів притаманна ускладнена процедура збирання доказів і притягнення до кримінальної відповідальності винних осіб, активна протидія розслідуванню тощо. Зазначене зумовлює необхідність не тільки консолідації зусиль слідчих та судових органів, а й подальшого наукового вдосконалення організаційно-тактичних і методичних основ їх розслідування та профілактики.

Своєрідність розслідування злочинів, пов'язаних з перевищенням влади або службових повноважень співробітниками правоохоронних органів полягає в тому, що воно здійснюється на тлі протидії з боку зацікавлених осіб. При цьому до останніх належать не тільки самі підозрювані або обвинувачені, а й їхні колеги і навіть керівники, які не бажають суспільного розголосу, піклуються про «честь мундира». До способів протидії можна віднести передусім приховування факту перевищення влади або службових повноважень співробітниками правоохоронних органів, фальсифікацію або знищення слідів і речових доказів, психологічний або фізичний вплив на потерпілих чи свідків з метою домогтися їх відмови від попередньої заяви або раніше наданих показань. Більшість підозрюваних мають вищу юридичну освіту, певний професійний досвід, добре обізнані в нюансах доказового процесу, а тому здатні активно протидіяти встановленню об'єктивної істини в кримінальному провадженні та притягненню винних осіб до кримінальної відповідальності.

Особлива увага суспільства прикута до діяльності працівників правоохоронних органів після трагічних подій на Майдані, в зв'язку з цим громадськість на думка вимагає ефективного розслідування цих злочинів, що передбачає застосування ефективної методики їх розкриття.

На початковому етапі розслідування перевищення влади або службових повноважень, вчинених співробітниками правоохоронних органів, до **типових слідчих ситуацій** віднести такі, коли про факт перевищення влади або службових повноважень співробітниками правоохоронних органів стало відомо:

1) із матеріалів їх затримання у порядку ст. 207 або ст. 208 КПК;

2) із заяви особи, що постраждала від неправомірних дій правоохоронців (потерпілого), або повідомлень від інших обізнаних осіб (заявників);

3) із інформації, оприлюдненої в ЗМІ або документальних кіно- чи відеофільмах, мережі Інтернет;

4) із матеріалів оперативних підрозділів, результатів прокурорської перевірки, преюдиціальних даних, що надійшли від слідчих, які розслідують інші кримінальні правопорушення.

> *Як приклад групового перевищення службових повноважень можна навести справу щодо реалізації МВС України в м. Києві плану спеціальної операції із незаконного затримання активістів громадських рухів (акцій) «Євромайдан» і «Автомайдан», спричинення їм тілесних ушкоджень, пошкодження використовуваних ними для участі в акціях протесту транспортних*

засобів, штучного створення передумов та доказів обвинувачення для подальшого їх притягнення до кримінальної відповідальності за нібито вчинення хуліганських дій, опору працівникам міліції, участі в масових заворушеннях, обрання їм запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою тощо[1].

На початковому етапі розслідування необхідно встановити правовий статус особи, яка вчинила злочин, якими нормативно-правовими актами, а також іншими документами встановлені права і обов'язки працівника правоохоронного органу, отримати відомості про те, що посадова особа формально діяла в рамках службових повноважень, але по суті ці дії не викликані інтересами служби і тому за своїм характером є незаконними.

Щоб встановити, чи володіє особа вказаними повноваженнями, досліджуються **документи,** які підтверджують наявність службових повноважень – закони, дисциплінарні статути, положення, контракти, посадові інструкції, накази, розпорядження.

Метою слідчого на цьому етапі досудового розслідування є встановлення ознак, що вказують на перевищення влади або службових повноважень з боку співробітників правоохоронних органів, зокрема:

- факту надання протиправних наказів, розпоряджень, указівок, застосування зброї або спеціальних засобів;
- наявності у потерпілого тілесних ушкоджень, слідів катування, тортур, побиття;
- наявності документів, що підтверджують факт затримання певної особи, її доставлення до правоохоронного органу, перебування в камерах-розподільниках та інших місцях утримання;
- факту проникнення співробітника правоохоронного органу на територію приміщення або іншого володіння особи без її згоди тощо.

Злочини цієї категорії вчиняються в різних місцях, за місцем служби чи патрулювання працівників правоохоронного органу: на вулиці, у квартирах, нічних клубах, дискотеках, в приміщеннях відділів поліції, приймальниках-розподільниках, слідчих ізоляторах тощо. Саме ці місця виступають основними об'єктами слідчого **огляду,** і саме на них необхідно зосереджувати увагу щодо відшукання слідів злочинних дій (сліди від застосування спеціальних засобів, а інколи й табельної зброї, сліди крові й ін.).

Першочерговою процесуальною дією є вилучення у правоохоронному органі документів, які підтверджують повноваження працівника правоохоронного органу. Слідчий повинен попередньо визначити групи документів, що підлягають вилученню. Як правило, це документи, що визначають правила роботи правоохоронного органу і визначають службові повноваження конкретного працівника; визначають штатний розклад, у т.ч. накази про призначення на певні посади; пов'язані з вчиненням дій, що відображають використання правоохоронцем своїх повноважень, які були перевищені.

Визначивши перелік необхідних документів, слідчий за погодженням з прокурором звертається до слідчого судді з клопотанням про **тимчасовий доступ** до речей і документів у правоохоронному органі. При розслідуванні цієї категорії злочинів виїмка зазвичай проводиться у відділах кадрів, бухгалтерії, фінансово-економічних підрозділах правоохоронних органів. Залежно від характеру дій працівника правоохоронного органу вилучаються такі документи: накази про призначення або переміщенні по службі, штатний розклад, конкурсні справи, висновки комісій, службове листування, журнали видачі зброї та боєприпасів, спецзасобів, документи бухгалтерського обліку та звітності, журнал єдиного обліку заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події, журнал обліку доставлених, відвідувачів та запрошених, книгу розстановки нарядів, журнал реєстрації викликів швидкої медичної допомоги. При цьому особливу увагу слід зосереджувати на встановленні фактів підроблення записів у цих журналах, зокрема часу доставлення затриманого.

Своєчасне вилучення цих документів, з одного боку, позбавляє службову особу та її оточення можливості приховати від слідства або знищити документи, що мають доказове значення, з іншого – їх огляд і вивчення дозволяють слідчому переконатися в наявності та характері слідів злочину, наявності відомостей, що дозволяють висувати версії про перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, наявності свідків, які можуть мати відомості про конкретний епізод перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу.

---

[1] Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 5 жовтня 2017 р. у справі №1-кп/759/882/17. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69354396.

Огляд місця події доцільно проводити у кожній справі цієї категорії з метою фіксації місця, де було вчинено злочин, можливих слідів злочину у випадку застосування вогнепальної зброї, встановлення наявності відеокамер спостереження.

У випадку наявності відеокамер спостереження наявності потрібно отримати документ в електронній формі – **цифровий відеозапис** з камер спостереження шляхом проведення тимчасового доступу до речей і документів. Тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється шляхом зняття копії інформації, що міститься у таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення. Таким чином, електронний документ (відеозапис з камер спостереження) може бути отриманий внаслідок тимчасового доступу до речей і документів, на підставі ухвали слідчого судді, що має відповідати вимогам ст.164 КПК України та виконуватися відповідно до порядку, встановленому ст. 165 КПК України.

Після цього слідчому потрібно провести **допити** свідків та потерпілих. Як правило, свідками у цій категорії справ є очевидці перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, колеги по службі, безпосередні керівники та інші особи, яким відомі будь-які обставини які мають значення для справи. В ході допиту свідків необхідно отримати інформацію про коло службових повноважень підозрюваного, характер його взаємовідносин з колегами і керівниками, спосіб життя, матеріальне становище, морально-психологічний клімат в колективі.

При допиті потерпілих з'ясовується, які їх права і законні інтереси були порушені, яка шкода їм була заподіяна, в чому конкретно полягали дії працівника правоохоронного органу, хто був присутній або знав про такі його дії, яке насильство застосувалося, чи застосовувалася зброя або спеціальні засоби працівником правоохоронного органу, які дії були вчинені, що ображають особисту гідність потерпілого.

Подальшими діями є **обшук** за місцем проживання і роботи. При розслідуванні перевищення влади або службових повноважень часто виникає необхідність проведення обшуку в службових кабінетах, підсобних приміщеннях, в гаражах, автомобілях, житлі чи іншому володінні особи. Потреба обшуку пов'язана з тим, що підозрювані – працівники правоохоронного органу в силу своїх спеціальних знань знають, які речі та документи необхідно приховати, знищити. Обшук дозволяє відшукати необхідні документи, предмети, а також грошові кошти, отримані внаслідок злочинних дій, матеріальні цінності, нажиті злочинним шляхом, речові докази, різні сліди протиправної діяльності. Проведення обшуку дозволяє зіставити розташування, обстановку місця проживання, робочого кабінету, з тієї про яку говорив свідок, і таким чином до певної міри переконатися в об'єктивності даних ним свідчень, особливо у випадку, коли йдеться про застосування насильства до потерпілого у службовому кабінеті чи автомобілі.

Вилученню підлягають документи виконані не тільки на паперовому, а й електронному носії (диски, флешки), у т.ч. на комп'ютері (листування, чорнові варіанти документів), що мають відношення до розслідуваної події.

Після встановлення осіб, які вчинили перевищення влади чи службових повноважень, прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить **допит підозрюваного.** Виходячи з наявності у підозрюваних життєвого і професійного досвіду, знань в області юриспруденції, що дозволяє їм правильно оцінити силу пропонованих доказів, підготовка до допиту повинна носити ретельний характер. До того ж, сам допит і його результативність надзвичайно важливі для проведення інших слідчих дій і подальшого етапу розслідування в цілому.

Виходячи зі специфіки протиправного діяння, слідчий повинен з'ясувати у підозрюваного: його правове становище; нормативні акти, якими воно закріплене; характер службових повноважень, які використовував працівник правоохоронного органу; чи не пов'язано перевищення повноважень з виконанням обов'язкового для нього наказу чи розпорядження, якщо пов'язані, то хто був їх ініціатором; чи використовувалися при виконанні службових повноважень зброя чи спеціальні засоби, яка шкода була заподіяна охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб, мотив і мету вчинення перевищення службових повноважень.

Серед **мотивів,** якими керувалися співробітники правоохоронних органів, перевищуючи владу або службове становище, можна виділити такі групи: 1) корисливі – спрямовані на придбання матеріальних цінностей, поліпшення майнового стану, добробуту. До цієї групи відносять і

«кар'єристські» мотиви, коли досягнення певного становища в службовій ієрархії розглядається індивідом як джерело збагачення (частіше за все незаконного). Тому з метою призначення на бажану посаду співробітник може вдаватися до фальсифікації матеріалів слідства, приховування злочинів від обліку, з тим щоб мати кращі показники в службовій діяльності; 2) насильницькі – бажання показати свою перевагу, грубу силу, п'яну відвагу, познущатися над більш слабкою й беззахисною людиною; 3) «ідейні» – непримиримe ставлення до правопорушників, намагання встановити справедливість. «Ідейні» співробітники щиро вірять у те, що в боротьбі зі злочинністю мета виправдовує засоби; 4) конформістські – бажання «бути як усі», «не псувати стосунків з колегами», намагання догодити начальству[1].

У криміналістичній літературі виокремлюють низку найбільш поширених способів (форм) перевищення влади або службових повноважень співробітниками правоохоронних органів, до яких можна віднести:

- нанесення побоїв, застосування катувань, мордувань
- намагання силою вивезти потерпілого службовим транспортним засобом і здійснити над ним фізичну розправу;
- незаконне проникнення до житла чи іншого володіння особи;
- фальсифікація службових документів і примушування до повідомлення відомостей, що сприяють заволодінню чужим майном
- спричинення фізичного болю та моральних страждань;
- незаконне поміщення особи в камеру для адмінзатриманих на підставі складання фальсифікованих протоколів про адміністративні правопорушення;
- примушування до підписання незаконно складених протоколів про адміністративні правопорушення;
- примушування до давання показань;
- незаконне утримування потерпілого в певному місці;
- знищення або пошкодження чужого майна;
- тривале позбавлення людини їжі, води або тепла.

Після проведення допиту підозрюваного можна провести пред'явлення його для впізнання потерпілому чи свідкам з метою його ідентифікації як суб'єкта злочину.

Наступною слідчою дією, яку варто провести за участю потерпілого є **слідчий експеримент,** під час якого потерпілий має детально розповісти та показати, за яких обставин йому було нанесено тілесні ушкодження, обмежено його конституційні права, заподіяно болісні і такі, що ображають його особисту гідність дії. Слідчий експеримент, якщо тілесні ушкодження заподіювалися у декількох місцях, доцільно проводити в кожному з цих місць з метою перевірки обстановки вчинення злочину та показань потерпілого.

Важливу роль в розслідувані цієї категорії злочинів відіграють негласні слідчі розшукові дії. Зокрема, першою з них є **зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж.** Через комплексно-програмні пристрої операторів і провайдерів телекомунікаційних мереж проходить потік інформації, частина якої залишається в пам'яті для технологічних цілей (статична), а інша частина проходить як наскрізна – динамічна інформація, що в інтересах слідства може бути перехоплена лише на підставі ухвали слідчого судді апеляційного суду. До статичної інформації тимчасовий доступ можливий на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду після розгляду клопотання прокурора або слідчого[2].

Як випливає з п.п. 1.11.5.1. Інструкції,[3] зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж поділяється на два види:

1) контроль за телефонними розмовами, що полягає в негласному проведенні із застосуванням відповідних технічних засобів, у т.ч. встановлених на транспортних телекомунікаційних мережах,

---

[1] Мартыненко О. А. Детерминация и предупреждение преступности среди персонала органов внутренних дел Украины : монография / О. А. Мартыненко. – Х. : Изд-во ХНУВС, 2005. – С. 223–226.

[2] Тагієв С. Тимчасовий доступ до інформації, яка знаходиться в операторів і провайдерів телекомунікацій, у кримінальному провадженні // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2013. – №4. – С. 98.

[3] Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затв. наказом ГПУ, МВС, СБУ, Адміністрації Державної прикордонної служби України, МФ, МЮ №№114/1042/516/1199/936/1687/5 від 16 листопада 2012 р. Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12/page.

спостереження, відбору та фіксації змісту телефонних розмов, іншої інформації та сигналів (SMS, MMS, факсимільний зв'язок, модемний зв'язок тощо), які передаються телефонним каналом зв'язку, що контролюється.

Об'єктом цього виду зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж будуть: телефонні лінії загального користування; відомчі мережі, що мають вихід на телефоні лінії загального користування; виділені мережі зв'язку невиробничого призначення; мережі пересувного радіотелефонного зв'язку; системи пересувного супутникового зв'язку.

Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж цього виду завжди повинно передбачати контроль розмов обидвох абонентів, шляхом використання безпосереднього підключення до телефонного каналу або сканування радіоканалу. Прослуховування телефонної розмови тільки одного з абонентів, в тому числі і з використанням технічних засобів, без підключення до мережі зв'язку не вважається зняттям інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, а повинно розглядатись, як інша НСРД пов'язана із втручанням у приватне спілкування (наприклад, аудіо-, відеоконтроль особи);

2) зняття інформації з каналів зв'язку, що полягає в негласному одержанні, перетворенні і фіксації із застосуванням технічних засобів, у т.ч. встановлених на транспортних телекомунікаційних мережах, у відповідній формі різних видів сигналів, які передаються каналами зв'язку мережі Інтернет, інших мереж передачі даних, що контролюються.

Об'єктом другого виду зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж будуть: телексні, факсимільні, селекторні, радіорелейні, пейджингові канали обміну інформації між абонентами, комп'ютерні мережі різного рівня.

В ході цієї НСРД може бути отримана інформація про зміст розмов співучасників, їх листування у мережі Інтернет, відомості, які характеризують підозрюваних, розміщені на їх сторінках у соціальних мережах та інші дані.

Наступною НСРД у цій категорії справ є **зняття інформації з електронних інформаційних систем** або їх частин, яке може здійснюватися як шляхом безпосереднього фізичного доступу до них фахівцями уповноважених підрозділів правоохоронних органів, так і шляхом програмного проникнення. Негласне зняття інформації із засобів електронно-обчислювальної техніки полягає у застосуванні засобів спеціальної техніки із великими ресурсами оперативної та довгочасної пам'яті, яка забезпечує повне копіювання інформації із жорсткого диска (дисків) та інших електронних носіїв інформації підозрюваного, обвинуваченого, що можуть містити інформацію, яка має значення у кримінальному провадженні. Програмне проникнення до електронних інформаційних систем (їх частин) здійснюється шляхом застосування спеціальних програмних продуктів, які забезпечують копіювання інформації, що обробляється на ПЕОМ підозрюваного, обвинуваченого, на віддалений комп'ютер, що перебуває у користуванні уповноваженого органу, який проводить цю негласну слідчу (розшукову) дію.

Предметом цієї НСРД, як правило, виступають мобільні телефони, планшети, службові та домашні комп'ютери працівників правоохоронних органів. Під час її проведення можна отримати інформацію про коло абонентів, з якими спілкувався підозрюваний на момент вчинення злочину, його листування зі співучасниками у різноманітних месенджерах, фото та відеофайли, які можуть фіксувати подію злочину чи її частини.

На початковому етапі розслідування призначаються і проводяться дактилоскопічна **експертиза** слідів рук (чи не залишені сліди рук конкретною особою), трасологічна експертиза слідів взуття для встановлення, наприклад, чи не залишені сліди взуттям, вилученим у підозрюваного. Судово-технічна експертиза документів (експертиза матеріалів документів), коли потрібно встановити чи виконані записи в документі одним і тим же способом чи знаряддям. Судова почеркознавча експертиза з метою встановлення особи-виконавця рукописного тексту або підпису. Судово-медична експертизи, коли є потерпілі, яким заподіяно шкоду здоров'ю.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору. Як свідчить судова практика, більшість справ цієї категорії надходить до суду із угодами про визнання винуватості. В зв'язку з цим, при укладенні угоди слідчому та прокурору потрібно враховувати вимоги статей 469–472 КПК.

6.3. Службове підроблення (ст. 366 КК)
(Д. Калмиков)

Об'єкт злочину.

Основний безпосередній об'єкт – встановлений законодавством порядок службової діяльності та порядок складання і видачі офіційних документів. Оскільки в Україні не існує єдиного порядку складання та видачі офіційних документів, то при вирішенні питання про наявність/відсутність в поведінці особи ознак об'єкта складу цього злочину слід брати до уваги встановлений законодавством порядок складання та видачі того офіційного документу, який став предметом конкретного підроблення.

Основний склад злочину, передбаченого ст. 366, не передбачає додаткового об'єкта (ні обов'язкового, ні факультативного), а тому спричинення цим злочином шкоди іншим охоронюваним кримінальним законом цінностям за наявності до того підстав слід кваліфікувати або за сукупністю з іншими злочинами, або за ч. 2 цієї статті.

Предмет злочину.

Предметом цього складу злочину є:

1) офіційний документ (предмет, щодо якого вчиняються третє та четверте діяння, описані у ст. 366);

2) неправдивий офіційний документ (предмет, щодо якого вчиняються перше та друге діяння, описані у ст. 366).

Визначення поняття «***офіційний документ***», що вживається у статтях 357, 358 та 366, наводиться у примітці до ст. 358. Утім, низький рівень техніки конструювання цієї норми призвів до того, що у практиці судів усіх інстанцій мають місце численні випадки протилежної оцінки одного й того ж виду документу як такого, що є офіційними чи, навпаки, не є таким[1]. ВС також не вдалося забезпечити однакового тлумачення терміну «офіційний документ» українськими судами, попри те, що ним було підготовлено кілька узагальнень судової практики реалізації ст. 366 та прийнято низку власних рішень у провадженнях, пов'язаних із службовим підробленням.

Визначаючи зміст офіційного документа як предмета складу злочину, передбаченого ст. 366, слід виходити з примітки до ст. 358 та враховувати таке:

1) базовою ознакою офіційного документу є те, що ним може бути лише «***документ***»[2]. При цьому у жодній нормі КК не розкривається зміст цього терміну (хоч він і вживається у ньому понад 70 разів), а у примітці до ст. 358 не уточнюється, про який саме «документ» ідеться (не конкретизовано ні його виду, ні форми). Отже, офіційним документом (за наявності інших його ознак) може бути визнано як будь-який *«традиційний»*, так і *«електронний» документ* – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа (ч. 1 ст. 5 Закону «Про інформацію»).

Такий підхід: а) враховує, що в Україні електронні документи мають таку ж юридичну силу, що й традиційні (ст. 8 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг»); б) узгоджується з міжнародними стандартами та низкою чинних в Україні НПА, в яких документом визнається не матеріальний носій інформації, а сама інформація; в) відповідає вимогам сучасного документообігу

---

[1] Найбільш відомими стали справи, у яких йшлося про підробку протоколу загальних зборів власників квартир будинку (постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду ВС від 1 березня 2018 р. у справі №461/7315/15-к), направлення на МСЕК (постанова Судової палати у кримінальних справах ВС від 9 липня 2015 р. у справі №5-50кс15), свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв (постанова Судової палати у кримінальних справах ВС від 25 квітня 2013 р. у справі №5-10кс13), письмових пояснень особи, що надавалися під час перевірки заяви про злочин, а також протоколів про проведення слідчих дій (Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1. – С. 34–35), вкладишу до посвідчення співробітника СБУ (Вісник Верховного Суду України. – 2000. – №6. – С. 15) тощо.

[2] Єдиного підходу до тлумачення цього терміну у законодавстві не склалося. Зокрема, в одних нормативних актах (Закон «Про інформацію», Закон «Про бібліотеки і бібліотечну справу», Закон «Про обов'язковий примірник документів», ДСТУ 2732-94 «Діловодство й архівна справа», ДСТУ 3017-95 «Видання. Основні види. Терміни та визначення» тощо) під документом розуміється певний матеріальний об'єкт, на якому зафіксована інформація, а в інших (наприклад, у ДСТУ 2392-94 «Інформація та документація. Базові поняття. Терміни та визначення» та ДСТУ 2732:2004 «Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення понять») сама інформація визнається документом.

(електронний документообіг з кожним днем набуває все більшої популярності як у приватному, так і державному секторі)[1];

2) офіційний документ повинен бути складений «***з дотриманням визначеної законом форми***»[2]. Зі змісту законів «Про інформацію», «Про електронні документи та електронний документообіг» та низки інших НПА випливає, що документи (у т.ч. офіційні) можуть мати дві форми: *матеріальну* (письмові документи[3]) та *нематеріальну* (електронні документи). При цьому оригінали деяких видів документів можуть створюватися виключно у матеріальній формі (наприклад, оригінал свідоцтва про право на спадщину лише у вигляді відповідного письмового документу), а деяких – виключно у нематеріальній формі (наприклад, декларація особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування). Утім, існує низка видів документів, що можуть створюватися в обох цих формах (податкова звітність, документи до суду тощо).

Тому, вирішуючи питання, складений той чи інший документ «з дотриманням визначеної законом форми» слід, передусім, з'ясувати, у матеріальній чи нематеріальній формі його було створено та чи дозволяє законодавство використання відповідної форми для створення оригіналу цього документа.

Законодавство передбачає можливість існування як стандартизованих, так і нестандартизованих за формою і змістом документів. *Нестандартизовані документи* складаються у «довільній» формі і є досить поширеними у сучасній системі документообігу (про складання різних документів у довільній формі йдеться як мінімум у 35 законах і сотнях підзаконних актів). Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 9-1 Закону «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», результати перевірки оформлюються відповідним актом, який складається в довільній формі. Документи, які можуть оформлюватися у довільній формі чи рекомендаційного характеру (примірний договір, модельний статут, примірна інструкція тощо) слід вважати нестандартизованими.

Стандартизовані документи оформлюються відповідно до певних вимог, визначених законодавством (наприклад, ст. 151 ЦК закріплює чіткі вимоги до форми та змісту позовної заяви). Документи з високим рівнем стандартизації створюються за відповідною формою (бланком). Наразі в Україні існує кілька тисяч форм (бланків) складання різного роду документів (форми різного роду звернень, звітності, дозвільних і правовстановлюючих документів, різних підзаконних актів, статутних документів тощо).

Порушити форму складання нестандартизованих документів неможливо, оскільки її не існує або вона хоч і існує, але не є обов'язковою для використання. Але це не означає, що такі документи не можуть бути визнані офіційними – факт їх складання у довільній формі слід оцінювати як складання з дотриманням визначеної законом форми. Стандартизовані документи, складені всупереч вимогам щодо їхнього оформлення (наприклад, документ, що має бути оформлений за встановленою законодавством формою, складено та оформлено у довільній формі), слід вважати такими, що складені з порушенням визначеної законодавством форми.

Під документами, створеними у матеріальній формі, слід розуміти письмові документи, які за технікою відтворення можуть бути *рукописними* (створений способом нанесення знаків письма власноручно), *друкованими* (створений за допомогою друкарських засобів) та *комбінованими* (частково створений за допомогою друкарських засобів, а частково – шляхом нанесення знаків письма власноручно). Наразі значна частина документів може оформлюватися як друкованим чи комбінованим, так і рукописним способом. Утім, законодавство може вимагати оформлення певних видів документів виключно рукописним, виключно друкованим чи виключно комбінованим способом[4].

---

[1] Наприклад, у державному секторі вже давно та успішно функціонують такі онлайн-системи як «Електронний кабінет платника», «Єдине вікно», «Електронний суд», «Е-декларування» та багато інших.

[2] Питання, що у примітці до ст. 358 КК мається на увазі під «визначеної законом форми» є дискусійним. Зокрема, існує думка, що тут маються на увазі ті форми (бланки), які затверджуються підзаконними актами різних державних інституцій як своєрідні формуляри для складання тих чи інших письмових офіційних документів. Наша думка ґрунтується на тому, що офіційні документи за формою можуть бути не тільки письмовими, а й електронними. Водночас форми (бланки, формуляри) письмових документів законами затверджуються рідко.

[3] Інші матеріальні об'єкти (магнітна плівка, кіноплівка, фотоплівка, дискета, оптичний диск тощо), які в деяких галузях знань визнаються документами (див., зокрема, Закон «Про бібліотеки і бібліотечну справу») не можна визнавати документами у контексті службового підроблення, оскільки їм не притаманні ні визначені законодавством форма, ні реквізити. Такі об'єкти є звичайними матеріальними носіями інформації.

[4] Наприклад, з Типової інструкції з діловодства в міністерствах, інших ЦОВВ, затв. постановою КМ від 17 січня 2018 р. №55, випливає, що практично всі документи (крім окремих внутрішніх документів, авторами яких є посадові та інші фізичні особи)

Письмові документи, оформлені всупереч вимогам щодо техніки їх відтворення (наприклад, документ, що згідно з вимогами законодавства може бути оформлений виключно в друкованому вигляді, створено за допомогою нанесення знаків письма власноручно), слід вважати такими, що складені з порушенням визначеної законодавством форми;

3) офіційним може бути визнано лише документ, що містить «***передбачені законом реквізити***». У контексті застосування ст. 366 цю вимогу слід розуміти так, що офіційний документ має бути складений з дотриманням всіх *обов'язкових* для цього конкретного виду документів реквізитів.

Такі реквізити можуть визначатися безпосередньо в законі, у регулятивному законодавстві (рішення, положення, порядок, інструкція, методика тощо) чи випливати з форми (бланку) відповідного документу. Нерідко повний перелік обов'язкових реквізитів можна встановити лише після аналізу всіх трьох зазначених категорій джерел[1].

Організаційно-розпорядчі документи (постанови, розпорядження, накази, положення, рішення, протоколи, акти, листи тощо), створювані в результаті діяльності ОДВ, ОМС, підприємств, установ, організацій та їх об'єднань усіх форм власності, повинні мати такі обов'язкові реквізити: назва організації, назва виду документа (не зазначають на листах), дата, реєстраційний індекс документа, заголовок до тексту документа, текст документа, підпис. Залежно від правового регулювання підготовки кожного конкретного виду документу таких реквізитів може бути до 32 (див., зокрема, ДСТУ 4163-2003 «Державна уніфікована система документації. Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлювання документів»).

Склад обов'язкових реквізитів електронного документа дещо відрізняється від складу обов'язкових реквізитів письмових документів (зокрема, оригінал будь-якого електронного документа вимагає наявності електронного підпису автора або підпису, прирівняного до власноручного підпису). Тому, вирішуючи питання, чи містить той чи інший електронний документ усі передбачені законом реквізити, слід враховувати як норми закону, яким передбачено існування такого документа, так і норми законів, якими встановлюються загальні вимоги до оригіналів електронних документів (йдеться, передусім, про закони «Про електронні документи та електронний документообіг» та «Про електронні довірчі послуги»);

4) офіційними можуть бути визнані лише ті документи, які складаються «***особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів»***. До числа таких осіб законом віднесено: а) повноважних (компетентних) осіб ОДВ, ОМС, інших юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також об'єднань громадян[2]; б) громадян/фізичних осіб (у т.ч. самозайнятих осіб).

Право складати, видавати чи посвідчувати той чи інший вид документу може бути закріплене за відповідною категорією осіб безпосередньо у законі (наприклад, право нотаріуса посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, випливає із Закону «Про нотаріат», ЦК та деяких інших законів), а може набуватися ними у зв'язку з реалізацією повноважень, обумовлених займаними посадами в ОДВ, ОМС, юридичних особах тощо (наприклад, повноваження щодо складання та подання різних видів звітності, прийняття організаційно-розпорядчих актів, укладення угод від імені юридичної особи тощо з'являється у зв'язку із обійманням посади керівника відповідної юридичної особи).

Повноважними (компетентними) особами ОДВ, ОМС, інших юридичних осіб та об'єднань громадян слід вважати як фізичних осіб, що здійснюють відповідні повноваження на постійній основі (за посадою), так і фізичних осіб, які отримали такі повноваження тимчасово (зокрема, на підставі довіреності чи іншої цивільної угоди).

Під документами, складеними, виданими чи посвідченими особою *у зв'язку з її службовою*

в ОДВ мають складатися у друкованому вигляді. Загалом наразі спостерігається стійка тенденція до все меншого використання рукописних письмових документів в офіційному документообігу.

[1] Наприклад, щоб з'ясувати повний перелік обов'язкових реквізитів звіту партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, слід звертатися до ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні», Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, затв. рішенням НАЗК від 28 липня 2016 р. №2 та рішення НАЗК «Про затвердження форми Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру» від 9 червня 2016 р. №3.

[2] Тут маються на увазі громадські об'єднання, що здійснюють свою діяльність без набуття статусу юридичної особи.

діяльністю, слід розуміти документи, які складаються, видаються чи посвідчуються службовими особами в межах наданих законодавством повноважень.

Під документами, складеними, виданими чи посвідченими особою *у зв'язку з її професійною діяльністю*, слід розуміти документи (рішення, висновки, розпорядчі документи тощо), які складаються, видаються чи посвідчуються представниками певних категорій професій (третейськими суддями, адвокатами, експертами, нотаріусами, приватними виконавцями, аудиторами, оцінювачами, арбітражними керуючими, тимчасовими адміністраторами банків тощо), якщо таке право їм надається безпосередньо законом чи іншим нормативним актом[1].

Не можуть бути визнані офіційними документи, що мають виключно приватний характер (особиста заява, клопотання, доповідна записка, тощо) навіть якщо вони й складені повноважними (компетентними) особами ОДВ, ОМС, інших юридичних осіб, об'єднань громадян чи представниками певних категорій професій, які уповноважені на складання, видачу чи посвідчення певних категорій офіційних документів. Такі документи можуть бути визнані офіційними лише в тому разі, якщо вони будуть посвідчені особою, у зв'язку з її службовою чи професійною діяльністю (наприклад, нотаріусом).

Саме тому письмові пояснення особи щодо факту вчиненого злочину, сфабриковані працівником поліції, не можуть визнаватися офіційним документом, оскільки цей документ фізичної особи складається і не у зв'язку зі службовою, і не у зв'язку з професійною діяльністю (виняток – випадки, коли звернення чи надання пояснень є службовим чи професійним обов'язком такої особи). У таких випадках офіційним документом за наявності до того підстав може бути визнано відповідний процесуальний документ (рапорт, протокол тощо)[2].

Один і той самий вид документу (автором якого може бути одна й та сама особа) в одних випадках може бути офіційним документом, а в інших – ні. Наприклад, якщо позовна заява, підготовлена, підписана та надіслана до суду керівником організації від імені юридичної особи, є офіційним документом, то аналогічна позовна заява, підготовлена, підписана та надіслана до суду від власного імені цієї ж особи не є офіційним документом;

5) змістом будь-якого офіційного документу має бути ***інформація***, яка: а) підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру; б) може бути використана як документи – докази у правозастосовчій діяльності.

Інформація – будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді (ст. 1 Закону «Про інформацію»).

Будь-який офіційний документ містить ту інформацію, про яку йдеться у примітці до ст. 358. Яким би неякісним чи стислим не був, він завжди нестиме в собі інформацію, що підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру, а тим більше – може бути використаний як доказ у правозастосовчій діяльності[3]. Тому важко погодитися з тією позицією, що певні різновиди офіційних документів не містять такої інформації (див., наприклад, постанову ВС у справі №5-50кс15 від 9 липня 2015 р. чи постанову ВС у справі №461/7315/15-к від 1 березня 2018 р.).

За загальним правилом, джерелом такої інформації є відомості, що містяться в основній частині документу – у його тексті. Утім, значна частина такої інформації міститься й у інших складових офіційного документу: місце складання або видання документу, дата складання або підписання документу, індекс (номер) документа, посипання на індекс та дату вхідного документа, гриф

---

[1] Див, наприклад, закони «Про третейські суди», «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», «Про безоплатну правову допомогу», «Про судову експертизу», «Про наукову і науково-технічну експертизу», «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», «Про нотаріат», «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність», «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», «Про банки і банківську діяльність», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

[2] Щоправда, ВС у цьому питанні дотримується протилежної точки зору (див. Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) / Верховний Суд України // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1 (113). – С. 34–36).

[3] Наприклад, вкрай неякісний офіційний документ може нести в собі інформацію про низький рівень компетенції особи, яка його склала (може бути предметом аналізу під час проходження цим державним службовцем оцінювання, підставою для відкриття дисциплінарного провадження тощо), про відсутність у документі необхідної інформації (за певних обставин може свідчити про службову недбалість особи), про намагання особи підірвати нормальну діяльність відповідного державного органу чи органу місцевого самоврядування тощо.

обмеження доступу до документа, адресат, гриф затвердження, резолюція, відмітка про контроль, відмітка про наявність додатків, наявність або відсутність підпису уповноваженої особи, гриф погодження, візи, наявність або відсутність печатки, прізвище виконавця та його номер телефону, відмітка про надходження тощо. Будь-яка з цих категорій інформації за певних обставин може мати доказове значення у кримінальному, цивільному, адміністративному чи іншому судочинстві;

6) інформація, що становить зміст офіційного документу, має бути зафіксована на певному *матеріальному носії.*

Основним матеріальним носієм інформації офіційного документу, складеного у письмовій формі, є матеріал, на якому його виготовлено, – як правило, це папір або матеріал, що за своїми властивостями є подібним до паперу. Додатком до офіційного документа (як невід'ємною його складовою) може бути й будь-який інший носій інформації. У такому разі одна частина інформації, що становить зміст офіційного документа, фіксується на папері, а інша – на папері чи інших типах матеріальних носіїв інформації (компакт-диск, дискета, магнітна плівка тощо). Законодавство не передбачає можливості визнання компакт-диску, дискети, магнітної плівки чи будь-якого іншого запам'ятовуючого пристрою самостійним офіційним документом, оскільки таким пристроям не притаманні ні форма, ні передбачені законодавством реквізити офіційного документу.

Матеріальними носіями інформації офіційного документу, складеного в електронній формі, є один чи одразу кілька файлових серверів (хмарний сервіс), жорсткий магнітний диск, зовнішні магнітні, оптичні чи магнітооптичні запам'ятовуючі пристрої (зовнішній жорсткий магнітний диск, гібридний жорсткий диск, USB-флеш-накопичувач, карта пам'яті, компакт-диск, дискета, магнітна плівка тощо).

Перелік офіційних документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності (йдеться про майже 150 найрізноманітніших офіційних документів) затверджено Законом «Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності». У ньому також конкретизується той НПА, який вимагає існування того чи іншого офіційного документу, що у контексті чинної редакції примітки до ст. 358 є дуже важливим.

Для правильної юридичної оцінки інших видів документів як таких, що є офіційними чи не є такими, передусім слід ретельно вивчати нормативне регулювання відповідної процедури та те, чи стосується цей документ службової чи професійної діяльності суб'єктів, зазначених у примітці до ст. 358.

Не є офіційними будь-які документи приватного характеру, якщо вони не були засвічені певною особою чи установою, підроблені працівниками поліції письмові пояснення приватних осіб про вчинений злочин та всі інші документи, що не відповідають ознакам, про які йшлося вище.

Неправдивий офіційний документ (предмет, щодо якого вчиняються перше та друге діяння, описані ст. 366) – письмовий чи електронний документ, який:

1) зовні виглядає як справжній (достовірний) офіційний документ. Це не означає, що він повинен бути складений у повній відповідності до існуючої процедури, містити абсолютно всі передбачені законодавством реквізити та пройти всі етапи обов'язкового погодження, реєстрації тощо. Вказівка на те, що він «неправдивий», вже говорить про те, що всю чи частину передбаченої законодавством процедури складання такого документу із самого початку було порушено (зокрема, пропущено). У питаннях визнання того чи іншого акту «неправдивим офіційним документом» головне, щоб у цілому він мав *вигляд офіційного*, такого, що в подальшому міг би бути (навіть суто теоретично) використаний зацікавленими особами[1]. Якщо ж такий неправдивий документ реально використано винним чи іншою особою, що потягло за собою настання певних юридичних наслідків (наприклад, на підставі підробленого свідоцтва було зареєстровано право власності особи на нерухоме майно), то він має визнаватися предметом складу злочину, передбаченого ст. 366, незалежно від того, наскільки повноцінним/справжнім виглядає цей неправдивий офіційний документ;

2) але при цьому повністю чи частково є сфальсифікованим, оскільки: а) містить недостовірну інформацію про події, явища або факти, які становлять основний зміст документу (як правило, ця інформація зосереджена у основному тексті документу); б) хоч і містить достовірну інформацію про події, явища або факти, які становлять основний зміст документу, але частину його обов'язкових

---

[1] Детальніше про цей аспект зовнішнього вигляду предмета злочину, передбаченого ст. 366 КК, див. постанову Судової палати у кримінальних справах ВС від 25 квітня 2013 р. у справі №5-10кс13.

реквізитів підроблено (підпис уповноваженої особи, відбиток печатки, гриф затвердження, резолюцію, відмітку про контроль, гриф погодження, візу тощо) або цей документ сфальсифіковано будь-яким іншим чином (письмовий документ, який може складатися виключно на бланках суворої звітності, виготовлено на підробленому бланку; електронний документ створено чи видано шляхом несанкціонованого доступу до комп'ютера іншої особи тощо).

Під *недостовірною інформацією* слід розуміти будь-яку інформацію, яка не відповідає дійсності. Недостовірна інформація може бути як у тексті документу, так і знаходитися в межах інших важливих (з точки зору правозастосування) реквізитах документу (місце, дата, номер, грифи затвердження чи погодження, резолюція, віза тощо).

Об'єктивна сторона злочину.

За своїм змістом злочин є різновидом зловживання службовими особами своїми службовими повноваженнями або службовим становищем.

Об'єктивна сторона складу злочину вимагає встановлення хоча б одного з чотирьох альтернативно передбачених у ч. 1 ст. 366 діянь:

1) складання неправдивих офіційних документів;

2) видача неправдивих офіційних документів;

3) внесення до офіційних документів неправдивих відомостей;

4) інше підроблення офіційних документів.

За загальним правилом, службове підроблення вчиняється шляхом активної поведінки винного (дій), утім це не виключає можливості вчинення злочину шляхом бездіяльності. Зокрема, умисне невідображення в офіційному документі (зокрема, у його бланку) інформації, яка обов'язково мала б бути в ньому зазначена (наприклад, у випадку перевищення певних нормативів контролюючий суб'єкт мав би зазначити у документі цю обставину, а відсутність цієї інформації означає, що перевищення цих нормативів допущено не було), в результаті якого документ став неповним чи недостовірним, слід розглядати як складання завідомо неправдивого документу, здійснене шляхом протиправної бездіяльності.

Складання неправдивих офіційних документів – виготовлення (створення) службовою особою неправдивого офіційного документу (містить недостовірну інформацію про події, явища або факти; всі або частину його обов'язкових реквізитів підроблено; документ будь-яким іншим чином сфальсифіковано).

Неправдиві офіційні документи можуть складати як службові особи, що уповноважені на повне чи часткове складання таких документів (у такому випадку особа вчиняє злочин, зловживаючи своїми службовими повноваженнями), так і службові особи, які не уповноважені на їх складання (йдеться про випадки вчинення такого діяння шляхом зловживання службовим становищем).

> *24 вересня 2018 р. з метою отримання неправомірної вигоди генеральний директор КП Регіональний виробничо-навчальний атестаційний центр «Агрогаз» склав неправдивий офіційний документ – свідоцтво про закінчення зазначеного центру та здобуття професії слюсаря по монтажу і обслуговуванню газових установок та газових мереж, присвоєння робітничої кваліфікації №ЛВ 08/18. Отримавши неправомірну вигоду у розмірі 400 дол. США (26 вересня 2018 р.), винний передав зацікавленій особі це свідоцтво. 16 січня 2019 р. Галицький районний суд м. Львова ухвалив обвинувальний вирок щодо цієї особи за ч. 1 ст. 366 і ч. 3 ст. 368-3 КК*[1]**.**

Однією зі специфічних форм складання неправдивих офіційних документів є засвідчення справжності підпису, що є підробленим (і винному про це достовірно відомо).

Службове підроблення, здійснене шляхом складання неправдивих офіційних документів є закінченим з моменту, коли неправдивий документ отримав зовнішній вигляд офіційного документу.

Видача неправдивих офіційних документів – будь-які дії (передавання, надсилання, оприлюднення тощо) службової особи, в результаті яких неправдивий офіційний документ стає доступним для перегляду та/або використання іншими фізичними чи юридичними особами.

Видавати неправдиві офіційні документи можуть як службові особи, що уповноважені на складання відповідних правдивих офіційних документів, так і службові особи, які таких повноважень

---

[1] Вирок Галицького районного суду м. Львова від 16 січня 2019 р. у справі №461/117/19 (провадження №1-кп/461/117/19). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79239922.

не мають (наприклад, керівник слідчого відділу передає зацікавленій особі підроблену постанову про закриття кримінального провадження за підробленим підписом іншого слідчого).

Як правило, такі документи видаються особам, які в подальшому планують їх використовувати. Утім, це не виключає можливості видачі таких документів іншим суб'єктам (надання документів безпосередньо до контролюючих чи правоохоронних органів, суду тощо).

Неправдиві офіційні документи, складені у традиційній формі, як правило, видаються шляхом фізичного передавання відповідного письмового документу іншій фізичній особі (зокрема, представнику юридичної особи). Видача офіційного письмового документу може відбуватися й шляхом його надсилання (поштою, кур'єром тощо) на адресу зацікавлених фізичних чи юридичних осіб. В окремих випадках видача офіційного документу, складеного у письмовій формі, може полягати у його оприлюдненні (наприклад, на стенді).

Видача електронних документів відбувається за допомогою використання сервісів з обміну електронними документами («M.E.Doc» (My Electronic Document), «Paperless», «1С: Підприємство 8. Бухгалтерія для України», «Вчасно» тощо) або шляхом складання відповідного електронного документу, використовуючи онлайн-системи чи інші ресурси тієї інституції, до якої цей документ подається: ДФС («Електронний кабінет платника», «Єдине вікно»), ДСА (Єдина судова інформаційно-телекомунікаційну система «Електронний суд»), НАЗК (система е-декларування) тощо.

Неправдиві офіційні документи можуть видавати як службові особи, що уповноважені на складання та/або видачу таких документів, так і службові особи, які не уповноважені на їх складання та/або видачу, але відбувається це «від імені» тієї організації, службовцем якої є винний.

Видача неправдивого документа має місце й у випадку, коли документ складений приватною особою, але потім засвідчений службовою особою і виданий нею іншим фізичним чи юридичним особам від імені тієї організації, яку представляє службова особа, що видала цей документ[1].

> *2 листопада 2018 р. начальник відділу безпеки середовища життєдіяльності Управління державного нагляду за дотриманням санітарного законодавства ГУ Держпродспоживслужба в Луганській області, з метою отримання неправомірної вигоди, склав завідомо неправдивий санітарний паспорт на право одержання, зберігання і застосування пестицидів і мінеральних добрив, а вже 5 листопада 2018 р. після фактичного отримання неправомірної вигоди у розмірі 3 000 грн. (у своєму ж службовому кабінеті) – видав цей неправдивий офіційний документ зацікавленій особі. 15 січня 2019 р. Сєвєродонецький міський суд Луганської області визнав цю особу винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 366 та ч. 1 ст. 368 КК*[2]*.*

Службове підроблення, здійснене шляхом видачі неправдивих офіційних документів є закінченим з моменту, коли такий акт став доступним для перегляду та/або використання будь-якою іншою фізичною чи юридичною особою. У випадку з електронними документами таким моментом є активізація функції «відправити документ» чи подібної до неї («поширити», «опублікувати» тощо).

Внесення до офіційних документів неправдивих відомостей – включення до дійсного (правдивого) офіційного документу недостовірної інформації. Внесення неправдивих відомостей до офіційного документу може відбуватися: шляхом заповнення тих частин бланку, що залишилися незаповненими; заміни одних сторінок тексту іншими (як правило тих, на яких відсутні підписи, печатки тощо), додавання тексту, креслень, графіків, малюнків тощо, яких у офіційному документі не було (йдеться про випадки «додруковування» або «дописування» тексту у вільних місцях, зміни у графіках, кресленнях тощо); заміна одного тексту іншим (після виведення, витравлення, підтирання, підчищення, зрізання, замальовування тощо); заміни/переклеювання фотографії у особистих документах або будь-яким іншим шляхом.

> *6 липня 2016 р. завідувач кафедрою фізичної реабілітації і рекреації ХДАФК власноручно вніс до офіційних документів (заліково-екзаменаційних листів ХДАФК та залікової книжки студента 3 курсу ХДАФК) неправдиві відомості щодо здачі заліків з предметів «основи науково-дослідної роботи», «основи лікувально-фізичної культури в спеціальних медичних групах», з практики в спеціальних медичних групах та захист курсової роботи. У цей же день він одержав від*

---

[1] Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) / Верховний Суд України // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1 (113). – С. 32.

[2] Вирок Сєвєродонецького міського суду Луганської області від 15 січня 2019 р. у справі №428/228/19 (провадження №1-кп/428/61/2019). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79414563.

зацікавленого студента неправомірну вигоду в сумі 5 500 грн. за здачу заліків з вищевказаних предметів, практики та курсової роботи, без фактичної наявності матеріалів практики та без його безпосередньої участі. 18 жовтня 2017 р. Дзержинський районний суд м. Харкова ухвалив обвинувальний вирок щодо цієї особи за ч. 1 ст. 368 і ч. 1 ст. 366 КК[1].

Внесення неправдивих відомостей до електронних офіційних документів відбувається шляхом санкціонованого чи несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерів, автоматизованих систем чи комп'ютерних мереж.

Інше підроблення офіційних документів – неправомірна зміна дійсного (правдивого) офіційного документу, в результаті якої такий документ стає таким, що несе неповну (а інколи й недостовірну) інформацію. У цьому випадку особа не вносить нових відомостей до офіційного документу, але зменшуючи чи видозмінюючи його зміст (наповнення) робить його таким, що несе неповну чи недостовірну інформацію. Йдеться про витравлення, змивання, підчистку, замальовування коректором та інші способи знищення всього або частини тексту, креслень, графіків, малюнків тощо (наприклад, у документі, що складався на бланку), виривання окремих сторінок непронумерованого письмового документу), повне чи часткове знищення інформації, що міститься у додатках до офіційного документу (зокрема, на магнітних, оптичних чи магнітооптичних запам'ятовуючих пристроях) тощо.

Службове підроблення, здійснене шляхом внесення до офіційних документів неправдивих відомостей чи іншого підроблення офіційних документів є закінченим з моменту, коли закріплена в ньому інформація стає неповною чи недостовірною.

Службове підроблення, здійснене шляхом внесення до офіційних документів неправдивих відомостей чи іншого підроблення офіційних документів, як правило, здійснюється службовими особами, які не уповноважені на складання таких документів. Утім, за певних обставин (наприклад, коли такі документи підлягають спеціальній перевірці, погодженню, візуванню чи потребують поставлення печатки, якої у цієї службової особи немає) це діяння може бути вчинене й службовою особою, яка уповноважена повністю чи частково складати такий документ.

Склад злочину, опис якого міститься у диспозиції ч. 1 ст. 366, традиційно вважається «*формальним*», а тому злочин визнається закінченим з моменту вчинення однієї із зазначених у ній діянь, незалежно від того, чи спричинили ці діяння які-небудь наслідки і чи був використаний підроблений документ[2]. Проте, в окремих випадках особа може скористатися правом, наданим їй ст. 17 КК. Наприклад, якщо службова особа видала завідомо неправдивий офіційний документ (але сама його не складала) шляхом його надсилання поштою, а потім своєю активною поведінкою завадила тому, щоб адресат цей документ отримав (лист вдалося забрати з установи, яка надає поштові послуги, з поштової скриньки самого адресата тощо), то така особа не підлягає кримінальній відповідальності.

Якщо діяння, описане ст. 366 не заподіяло та не могло заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, то вчинене слід розглядати як малозначність (ч. 2 ст. 11 КК).

Вироком Залізничного районного суду м. Києва від 26 жовтня 1999 р. (з урахуванням змін, внесених касаційною інстанцією) головного бухгалтера АТЗТ «Київська торговельна компанія» визнано винною і засуджено за те, що вона за відсутності генерального директора АТЗТ протягом 29 червня – 22 липня 1999 р. підробила його підписи у 38 платіжних дорученнях і направила їх до Залізничного відділення «Укрсоцбанку» в м. Києві, який здійснив за ними перерахування відповідних коштів.

Під час розгляду клопотання засудженої ВС встановлено, що внаслідок підроблення підпису керівника у платіжних документах матеріальної або іншої шкоди інтересам АТЗТ «Київська торговельна компанія» чи інших підприємств, установ або окремим громадянам не було і не могло бути спричинено, оскільки за платіжними дорученнями здійснено платежі, які були обов'язковими для підприємства і випливали з договірних правовідносин та законів. Виходячи з цього ВС констатував, що хоча дії засудженої формально і містять ознаки діяння, передбаченого

---

[1] Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 18 жовтня 2017 р. у справі №638/16053/16-к (провадження №1-кп\638\357\17). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69790016

[2] Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) / Верховний Суд України // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1 (113). – С. 33.

ч. 1 ст. 172 КК 1960 р., але через малозначність не становлять суспільної небезпеки, а тому не є злочинними[1]*.*

У літературі побутує думка, що службове підроблення завжди полягає у перекрученні істини в офіційному документі[2]. Таке тлумачення є обмежувальним, оскільки зі змісту ст. 366 випливає, що кримінальна відповідальність за службове підроблення настає незалежно від того, несе в собі підроблений офіційний документ правдиву чи неправдиву інформацію. Зокрема, за ст. 366 слід кваліфікувати випадки складання документу з правдивою інформацією, але на підробленому бланку, з підробленим підписом, підробленим відбитком печатки, підробленими візами, резолюціями тощо.

Поширеною є також позиція, що службове підроблення є однією з форм обману. Така думка є хибною, адже сам лише факт підроблення нікого в оману не вводить. Інша справа, що підроблений офіційний документ може бути засобом вчинення різного роду правопорушень, зміст яких становить обман (наприклад, шахрайства).

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт складу злочину – спеціальний. Ним може бути лише службова особа, яка, вчиняючи будь-яке з альтернативно передбачених у ч. 1 ст. 366 діянь, використовує свої службові повноваження або своє службове становище[3].

Службові особи юридичних осіб приватного права мають визнаватися суб'єктами службового підроблення попри те, що визначення поняття службової особи, яке дається у примітці до статті 364 для окремих злочинів у сфері службової діяльності, не поширюється на осіб, які вчинили службове підроблення. До цього злочину належить застосовувати положення ч. 3 ст. 18 КК, яка містить загальне визначення поняття «службова особа»[4].

Оскільки фізична особа – підприємець може набувати організаційно-розпорядчих повноважень стосовно найманих ним працівників, то за відповідних обставин вона також може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 366.

Якщо вчиняючи діяння, описані ч. 1 ст. 366, службова особа не використовувала своїх службових повноважень або свого службового становища, то її вчинок за наявності до того підстав слід кваліфікувати за ст. 358 чи іншими статтями КК.

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина у аналізованому складі злочину характеризуються умислом.

У ч. 1 ст. 366 законодавець акцентує увагу на тому, що винний вносить до офіційних документів ***завідомо*** неправдиві відомості або складає чи видає завідомо неправдивий офіційний документ. Це, зокрема, означає, що свідомістю службової особи має охоплюватися той факт, що через вчинення нею будь-якого з діянь, перелічених у ч. 1 ст. 366, хоча б один реквізит офіційного документу (основний текст, інформація про місце та дату складання або видачі документу, номер документа, адресат, відмітка про наявність додатків, відмітка про надходження тощо) несе в собі неповну чи неправдиву інформацію або є сфальсифікованим (підроблено підпис уповноваженої особи, печатку, гриф обмеження доступу до документа, гриф затвердження, резолюцію, відмітки про контроль, грифу погодження, візу тощо).

Якщо ж службова особа склала чи видала офіційний документ, який містить недостовірну інформацію, але сама про це не знала (через власну помилку чи помилку інших осіб, помилку в роботі

---

[1] Ухвала спільного засідання судових палат з кримінальних справ і військової Верховного Суду України від 19 грудня 2001 р. / Верховний Суд України // Офіційний сайт Верховного Суду України. – Режим доступу : http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/0767A5340D9CB848C2256CB7003F3EBA.

[2] Див., наприклад: Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) / Верховний Суд України // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1 (113). – С. 31–32.

[3] В одному зі своїх узагальнень ВС звернув увагу на те, що відповідальність за ст. 366 КК настає лише за умови, що злочинні дії службової особи були зумовлені її службовим становищем або пов'язані з її владними повноваженнями. Якщо такого зв'язку не встановлено, дії винного за наявності до того підстав можуть кваліфікуватися за статтями КК, що передбачають відповідальність за злочини проти особи, власності, громадського порядку тощо (Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) / Верховний Суд України // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1 (113). – С. 41.)

[4] Див., зокрема, постанову Судової палати у кримінальних справах ВС від 30 травня 2013 р. у справі №5-17кс13 та постанову Судової палати у кримінальних справах ВС від 6 червня 2013 р. у справі №5-11кс13.

комп'ютерної чи іншої обчислювальної техніки, низьку професійну кваліфікацію чи несумлінне ставлення до виконання своїх службових обов'язків, особливості психофізіологічного стану тощо), то кримінальна відповідальність за ст. 366 виключається. За наявності до того підстав така особа може бути притягнута лише до кримінальної відповідальності за службову недбалість (ст. 367).

> *На цьому наголошує й Касаційний кримінальний суд ВС, який своєю постановою від 18 грудня 2018 р. (справа №278/674/15-к) залишив без змін виправдувальний вирок Житомирського районного суду Житомирської області від 30 березня 2018 р. та ухвалу Апеляційного суду Житомирської області від 13 червня 2018 р. у кримінальному провадженні щодо інспектора ДПС, який склав протокол про вчинення адміністративного правопорушення із занесенням до нього недостовірних відомостей, які він на той момент вважав встановленими та достовірними*[1].

Мета та мотив учинення службового підроблення для кваліфікації вчиненого значення не мають, хоча й мають бути враховані в межах індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Кваліфікований склад злочину.

У ч. 2 ст. 366 закріплено кваліфікований склад злочину, утворений за допомогою додавання до ознак основного складу злочину кваліфікуючої ознаки «ті самі діяння, якщо вони спричинили тяжкі наслідки». Зміст поняття «***тяжкі наслідки»*** розкривається у п. 4 примітки до ст. 364.

В абсолютній більшості випадків негативні наслідки настають не від службового підроблення офіційного документа (діяння, передбачені ст. 366), а від його використання (зокрема, в результаті вчинення злочину, передбаченого ч. 4 ст. 358). Тому під час вирішення питання про наявність чи відсутність цієї кваліфікуючої ознаки слід пам'ятати, що тяжкі наслідки можуть бути інкриміновані винному лише за наявності причинового зв'язку між діяннями, описаними в ч. 1 ст. 366, та тяжкими наслідками, що настали. Для цього необхідно встановити, що: а) службове підроблення передувало настанню тяжких наслідків; б) службове підроблення було необхідною умовою настання тяжких наслідків; в) винна особа усвідомлювала чи повинна була усвідомлювати розвиток причинового зв'язку, тобто того, що саме службове підроблення (а не використання підробленого офіційного документу) стане причиною настання тяжких наслідків.

У низці постанов ВС наголошується, що:

- у ч. 2 ст. 366 передбачена кримінальна відповідальність за вчинення службового підроблення, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, визначення яких дається у п. 4 примітки до ст. 364, – матеріальні збитки, що у 250 і більше разів перевищують нмдг;

- кримінальна відповідальність за цей злочин настає у разі, коли службове підроблення призвело до спричинення реальної майнової шкоди і ця шкода перебуває у прямому (безпосередньому) причиновому зв'язку (зв'язку взаємозалежності) саме із службовим підробленням;

- шкода охоронюваним законом інтересам заподіюється, як правило, не самим підробленням офіційних документів, а внаслідок їх використання. Використання підроблених офіційних документів не є конструктивною ознакою службового підроблення. Тому визначення (встановлення) причинного зв'язку між службовим підробленням і тяжкими наслідками залежить від того, ким саме (іншою особою чи самим підробником), в якому значенні, з якою метою використовуються ці документи. Якщо підроблені офіційні документи використовує особа, що їх підробила, як засіб (спосіб, умови) вчинення іншого злочину, при цьому у часі підробила їх раніше, усвідомлює, як правило, що підроблення документів є етапом (частиною) злочинної поведінки чи необхідною дією для вчинення іншого посягання, внаслідок чого буде досягнуто кінцевої мети всієї злочинної поведінки, то таке службове підроблення не може (не повинно) кваліфікуватись як таке, що спричинило тяжкі наслідки[2].

Для кваліфікації службового підроблення немає значення, чи бажав винний настання тяжких наслідків. Утім, умисне спричинення певної майнової шкоди шляхом службового підроблення за наявності до того підстав може потребувати додаткової кваліфікації за іншими статтями КК (зокрема, за статтями 190–192). У такому випадку службове підроблення є способом вчинення іншого злочину.

---

[1] Постанова Верховного Суду від 18 грудня 2018 р. у справі №278/674/15-к (провадження №51-8854км18). ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/78750706.

[2] Див, наприклад, постанову ВС від 21 березня 2013 р. у справі №2кс13; постанову ВС від 7 лютого 2013 р. у справі №31кс12; постанову ВС від 20 червня 2013 р. у справі №5-20кс13; постанову ВС від 20 червня 2013 р. у справі №5-18кс13.

Відмежування від суміжних злочинів.

Службове підроблення слід відмежовувати від низки подібних кримінально-караних діянь, передбачених ст. 358. Головними розмежувальними ознаками є суб'єкт злочину та спосіб вчинення службового підроблення. Якщо складання чи видачу неправдивих офіційних документів або їх підроблення вчинено службовою особою з використанням своїх службових повноважень або службового становища, то діяння слід кваліфікувати за ст. 366. Якщо ж такі діяння вчиняються особами, які не є службовими, або хоч і службовими особами, але без використання ними своїх службових повноважень або службового становища, то кваліфікацію треба здійснювати за ст. 358[1].

Статтею 366 не охоплюється виготовлення винним підроблених печаток, штампів чи бланків (які можуть бути засобами вчинення службового підроблення), а тому службове підроблення, поєднане з такими діями, потребує додаткової кваліфікації за ч. 1 чи 3 ст. 358.

Якщо підроблення та/або використання підроблених офіційних документів є конструктивною (обов'язковою) ознакою іншого складу злочину, що може бути вчинений лише спеціальним суб'єктом (як правило, службовою особою), то вчинене слід кваліфікувати лише за такою нормою (конкуренція загальної та спеціальної норм)[2].

Подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом «Про запобігання корупції» (офіційний документ, складний у електронній формі), також утворює спеціальний вид службового підроблення (ст. 366-1), а тому додаткової кваліфікації за ст. 366 не потребує.

Якщо стаття, що передбачає кримінальну відповідальність за підроблення специфічних видів документів, описує склад злочину із загальним суб'єктом, але при цьому передбачає кваліфікуючу ознаку «вчинення службовою особою з використання службового становища», то все вчинене (за наявності до того підстав) слід кваліфікувати лише за тією нормою, що передбачає спеціальний вид службового підроблення (конкуренція загальної та спеціальної норм). Так, підроблення або незаконне виготовлення, використання або зберігання незаконно виготовлених чи підроблених виборчих документів, вчинене службовою особою з використанням службового становища, слід кваліфікувати за ч. 4 ст. 158, а підроблення цією ж особою документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи чи фізичної особи – підприємця, – за ч. 2 ст. 205-1.

Якщо стаття, що передбачає кримінальну відповідальність за підроблення специфічних видів документів, описує склад злочину із загальним суб'єктом, але при цьому не передбачає кваліфікуючої ознаки «вчинення службовою особою з використання службового становища», то вчинення таких злочинів службовими особами з використанням службового становища (за наявності до того підстав) слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: за статтею, що описує специфічний вид підроблення[3], та ст. 366.

---

[1] Аналогічну позицію відстоює й ВС (див.: Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) / Верховний Суд України // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №1 (113). – С. 32).

[2] Так, за наявності інших необхідних ознак слід кваліфікувати: подання завідомо недостовірних відомостей у фінансовому звіті про надходження та використання коштів виборчого фонду партії – за ч. 1 ст. 159-1 КК; подання недостовірної інформації про фінансові операції, що відповідно до закону підлягають фінансовому моніторингу, – лише за ст. 209-1 КК; фальсифікацію фінансових документів – за ст. 220-2 КК; підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів, – за ст. 223-1 КК; фальсифікацію результатів доклінічного вивчення чи клінічних випробувань лікарських засобів – за ст. 321-1; надання інвестору в цінні папери недостовірної інформації про діяльність емітента, – за ст. 232-2 КК; надання службовими особами завідомо неправдивої інформації народному депутату України, депутату місцевої ради, комітетам ВР чи тимчасовим слідчим комісіям ВР – за ст. 351 КК; притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення або іншою фальсифікацією, – за ч. 2 ст. 372 КК; підготовку завідомо неправдивого висновку експерта чи звіту оцінювача про оцінку майна, які складаються для надання органу, що здійснює досудове розслідування, виконавче провадження, суду, ВРП, тимчасовій слідчій чи спеціальній тимчасовій слідчій комісії ВР – за ст. 384 КК; умисне невнесення адвокатом до ордера відомостей щодо обмежень повноважень, встановлених договором про надання правничої допомоги, – за ст. 400-1 КК.

[3] Йдеться про: виготовлення та збут підроблених державних цінних паперів (ст. 199 КК); підроблення або використання документів на переказ (ст. 200 КК); підроблення або збут підроблених контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних чи голографічних захисних елементів (ст. 216 КК); підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів (ст. 223-1 КК); виготовлення чи використання підроблених недержавних цінних паперів (ст. 224 КК); використання підроблених приватизаційних документів (ст. 233 КК); підроблення, використання або збут підроблених документів, які дають право на отримання наркотичних засобів чи психотропних речовин або прекурсорів, призначених для вироблення або виготовлення цих засобів чи речовин (ст. 318 КК).

Ліцензії, що оформлюються згідно із Законом «Про ліцензування видів господарської діяльності», наразі не є предметом складу злочину, передбаченого ст. 366[1]. Тому неправомірні дії щодо видачі таких ліцензій за наявності до того підстав можуть кваліфікуватися за ст. 364 чи іншими статтями КК (зокрема, за статтями 361, 362). Ліцензії, що видаються НБУ, а також відповідно до законів «Про телебачення і радіомовлення», «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів», є предметом аналізованого злочину, а тому за їх підроблення службовими особами може наставати кримінальна відповідальність за ст. 366.

Службове підроблення, спрямоване на створення умов для вчинення нею ж іншого злочину (крім злочину невеликої тяжкості), який так і не було вчинено, слід кваліфікувати як службове підроблення та готування (ст. 14 КК) до відповідного злочину.

Службове підроблення, яке виступає способом вчинення іншого злочину, але при цьому не є конструктивною ознакою його юридичного складу, слід кваліфікувати як закінчений злочин, передбачений ст. 366, та як замах (ст. 15) чи закінчений злочин, який планувалося вчинити шляхом службового підроблення. Йдеться про випадки вчинення різних кримінально-караних ухилень від виконання певними особами своїх обов'язків (статті 164, 212, 212-1, 335–337), вчинення злочинів шляхом обману або зловживання довірою (статті 190–192, а також ч. 2 ст. 142, ч. 2 ст. 143, ст. 144, ч. 2 ст. 149, ст. 157, ч. 2 ст. 161, ст. 173, ст. 258, ст. 303) та деяких інших категорій злочинів. Зокрема, привласнення, розтрату або заволодіння чужим майном, вчинене шляхом службового підроблення, слід кваліфікувати за статтями 191 та 366, а шахрайство, вчинене шляхом службового підроблення, – за статтями 190 та 366.

Службове підроблення, яке було формою сприяння вчиненню певного злочину іншими особами або способом заздалегідь обіцяного приховування злочину, є співучастю у формі пособництва. У такому випадку винна особа притягається до кримінальної відповідальності як виконавець злочину, передбаченого ст. 366, та як пособник (ч. 5 ст. 27 КК) у вчиненні злочину, якому вона сприяла чи який обіцяла приховати.

Підроблення офіційних електронних документів, поєднане із несанкціонованим втручанням у роботу комп'ютерів, автоматизованих систем чи комп'ютерних мереж, потребує додаткової кваліфікації за статтями 361, 362.

Якщо службове підроблення є способом заздалегідь обіцяного приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину, то кримінальна відповідальність має наставати за сукупністю трьох злочинів: злочину, вчинення якого особа намагалася приховати (наприклад, злочину, передбаченого частинами 4, 5 ст. 191), злочину, передбаченого ст. 366, та злочину, описаного у ст. 396.

Статтею 366 не передбачено кримінальної відповідальності за використання підроблених офіційних документів. Тому службове підроблення, поєднане з використанням завідомо неправдивого офіційного документа, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів: за ст. 366 та ч. 4 ст. 358.

Службове підроблення та корупційні злочини.

Службове підроблення є одним зі злочинів, які часто супроводжують вчинення корупційних правопорушень, будучи способом вимагання чи фактичного отримання неправомірної вигоди, засобом створення умов для вчинення цією ж службовою особою корупційного злочину в майбутньому, формою сприяння іншим особам (співучасникам) у вчиненні корупційних злочинів тощо. Зокрема, лише у 2017–2018 роках набрали законної сили вироки, щонайменше, щодо 92 осіб у 86 кримінальних провадженнях, пов'язаних із вчиненням корупційних злочинів (що становить 37% від усіх осіб, щодо яких у зазначений період набрали законної сили вироки за ст. 366).

В абсолютній більшості випадків службове підроблення вчиняється з метою отримання неправомірної вигоди «за» виготовлення чи видачу завідомо неправдивого офіційного документу чи підробку дійсного офіційного документу. Такі випадки у цілому не викликали суттєвих проблем у правоохоронних органів і суду, які кваліфікували дії винних осіб за ст. 366 та тією статтею, що описує конкретний корупційний злочин (статті 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4). Проте, приблизно у третині випадків суди першої інстанції виправдовували підсудних за ст. 366 з різних причин (підроблення було вчинене не службовою особою, підроблено документ, який не є офіційним,

[1] Згідно зі ст. 1 Закону «Про ліцензування видів господарської діяльності» ліцензія – запис у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань про рішення органу ліцензування щодо наявності у суб'єкта господарювання права на провадження визначеного ним виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню.

недоведеність певних обставин тощо). При цьому часто таке виправдання було помилковим і не виправлялося судами апеляційної інстанції.

16 вересня 2016 р. голова обслуговуючого кооперативу «ЖБТ-75» склав завідомо неправдивий офіційний документ – Декларацію про здачу в експлуатацію будинку, в п. 22 якої зазначив, що кошти пайової участі у розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту відповідно до договору №774 від 16.09.2016 р., укладеного з Чернівецькою міською радою, сплачено у повному обсязі, хоча насправді було сплачено лише 1000 грн. з 1415817,12 грн., які мали бути сплачені. Цей документ підписано ним особисто та поставлено відбиток печатки ОК «ЖБТ-75». У цей же день він використав цей неправдивий офіційний документ шляхом його подання до ЦНАП для подальшої реєстрації в Інспекції ДАБК Чернівецької міської ради. 20.09.2016 р. зазначену Декларацію було зареєстровано в Інспекції ДАБК Чернівецької міської ради та тим самим прийнято в експлуатацію об'єкт будівництва, попри те, що кошти пайової участі у розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту так і не було сплачено (обов'язкова умова, без виконання якої об'єкт не міг бути прийнятим в експлуатацію).

Органами досудового розслідування м. Чернівці ці факти були кваліфіковані за ст. 366 (і помилково за ст. 364-1), хоча мали бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 366 і ч. 4 ст. 358.

12 жовтня 2018 р. Шевченківський районний суд м. Чернівці виправдав цю особу за інкримінованими їй злочинами, зазначивши у виправдувальному вироку таке: «Декларація про готовність об'єкта до експлуатації, як документ, на момент її заповнення замовником, не носить ознак офіційного документа, що видається уповноваженою на те особою, і внесення до неї недостовірних даних не тягне за собою кримінальну відповідальність, передбачену ч. 1 ст. 366 КК. Підроблення декларації про готовність об'єкта до експлуатації може мати місце тільки тоді, коли після її реєстрації, тобто надання її статусу офіційного документа, замовник змінив її зміст шляхом часткового внесення недостовірних даних». На розвиток і підсилення цієї позиції суд зазначив: «Жодним нормативно-правовим актом, що регулює відносини у сфері містобудівної діяльності, не передбачена кримінальна відповідальність за наведення недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації, що додатково підтверджує факт неможливості підроблення останньої у формі внесення до неї недостовірних даних на момент заповнення, відповідальність за що може наступати згідно ч.1 ст. 366 КК»[1]. На цей вирок прокурором Чернівецької місцевої прокуратури подано апеляцію. 30 січня 2019 р. Чернівецький апеляційний суд своєю ухвалою залишив апеляційну скаргу прокурора без задоволення, а вирок Шевченківського районного суду м. Чернівці – без змін. При цьому позиція суду апеляційної інстанції ґрунтувалася на двох хибних твердженнях, що: 1) відсутність в діях підсудного складу злочину, передбаченого ст. 364-1 КК, виключає і притягнення його до кримінальної відповідальності за ст. 366 ч. 1 КК; 2) факт заповнення декларації про готовність до експлуатації об'єкта до її реєстрації не надає їй статусу офіційного документа[2].

Досить часто службове підроблення поєднується із діями, спрямованими на заволодіння певним майном, а тому потребує додаткової кваліфікації за статтями 190, 191, 410.

У кількох випадках до кримінальної відповідальності притягалися особи, які з метою отримання неправомірної вигоди здійснювали службове підроблення офіційних документів в електронній формі. Такі діяння правильно було кваліфіковані як службове підроблення офіційних електронних документів та відповідний корупційний злочин.

Сокирянський районний суду Чернівецької області кваліфікував внесення недостовірної інформації до Електронного журналу пасажирського пункту пропуску АСМО «Інспектор» (підсистема, що входить до складу Єдиної автоматизованої інформаційної системи Держмитслужби і забезпечує використання електронних документів та електронних копій документів на паперових носіях посадовими особами митного органу для здійснення митних процедур) за ч. 1 ст. 366 КК[3].

---

[1] Вирок Шевченківського районного суду м. Чернівці від 12 жовтня 2018 р. у справі №727/5768/18 (провадження №11-кп/822/16/19). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77098044.

[2] Ухвала Чернівецького апеляційного суду від 30 січня 2019 р. у справі №727/5768/18 (провадження №1-кп/727/291/18). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79515152.

[3] Вирок Сокирянського районного суду Чернівецької області від 1 лютого 2018 р. у справі №722/109/18 (провадження №1-кп/722/22/18). http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71951390

В окремих випадках несанкціоноване втручання у роботу комп'ютерів, автоматизованих систем чи комп'ютерних мереж отримало додаткову кваліфікацію за ст. 362, що у цілому правильно. Проте, у представників правоохоронних органів і суду поки досить туманне уявлення про те, що таке «електронні документи» та яким чином правильно документувати та аналізувати відповідні факти.

6.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 366 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Стаття 366 лише побічно, але певною мірою все ж є антикорупційною нормою. Адже підроблені документи часто використовуються як інструмент «білокомірцевих» злочинів, скоєних за сприяння посадових осіб державного сектора. У таких випадках ця норма застосовується в сукупності з іншими статтями.

Розглянемо загальний **алгоритм розслідування** злочинів цієї категорії.

Слідчим під час розслідування цієї категорії злочинів потрібно враховувати критерії визначення документа, встановлені законом (примітка до ст. 358).

В більшості випадків виявлення підроблення документів повною мірою покладається на працівників правоохоронних органів під час здійснення професійної діяльності. Тому уповноважені особи мають володіти знаннями щодо основних елементів захисту офіційних документів, способу їх розпізнання, обов'язкових реквізитів, а також найтиповіших способів підроблення документів, оскільки необхідно вміти виявляти ознаки як часткової, так і повної підробки документів. Виявлення часткової підробки справжнього документа здебільшого має місце шляхом візуального спостереження документа. Виявлення документа, виготовленого шляхом повної підробки, пов'язано з певними труднощами, оскільки виявити такі ознаки без спеціальних знань положень нормативно-правових актів, які встановлюють вимоги щодо оформлення документа відповідного виду, неможливо. В зв'язку з цим слідчому треба ознайомитися із відомчими нормативно-правовими актами, які встановлюють вимоги до конкретного виду офіційного документа.

Першочерговими завданнями слідчого під час розслідування службового підроблення є встановлення суб'єкта службового підроблення, його винуватості, мотиву і мети вчинення діяння.

В першу чергу, встановленню підлягають обставини вчинення службового підроблення, зокрема необхідно з'ясувати, який характер дій службової особи, в чому вони конкретно полягали за способом і формою вчинення.

На початковому етапі розслідування потрібно встановити, яким чином, з використанням яких технічних засобів і матеріалів здійснено внесення завідомо неправдивих відомостей в офіційний документ (шляхом виготовлення повністю нового офіційного документа або з використанням бланка офіційного документа). Якщо підроблення офіційного документа вчинено способом виправлення, потрібно встановити, з використанням яких технічних засобів і матеріалів це зроблено, вид виправлення (дописка, домальовування, додруковування, підчищення, травлення, змивання записів з подальшим внесенням до документа нових даних, заміна листа або листів в документі, якщо він складається більш ніж з одного аркуша, заміна фотографій і т.п.). Оскільки значну частину документообігу зараз складають електронні документи, то потрібно враховувати можливі способи їх підроблення. Способи підробки документів шляхом підчищення, травлення, дописування активно використовувалися в минулому, але наразі поширення набули підроблення електронних документів у формі модифікації комп'ютерної інформації, змісту електронного документа. Вона може здійснюватися як шляхом часткової заміни первісної інформації на іншу, так і додаванням нової інформації до первісної. Також модифікацією будуть різні порушення колишнього вигляду подання інформації, зокрема: зміна порядку частин в документі (сторінок, абзаців, рядків), потрапляння частин одних документів в зміст інших документів, порушення взаємного розташування документів в базі даних, включення в текст документів зайвих елементів.

Характерним для цієї категорії злочинів є приховування слідів злочину. До них можна віднести:

- знищення або приховування документів, які мають ознаки підроблення;
- приховування інформації про обставини вчинення злочину;
- приховування справжніх документів, при співставленні з якими можливо встановити ознаки підроблення;

- приховування факту вчинення злочину як з боку суб'єктів злочину, так і з боку їх керівництва;
- маскування підроблення документів під законну діяльність з боку суб'єктів злочину.

Щодо предмета службового підроблення має бути встановлено, який саме документ був предметом службового підроблення, чи належить він до офіційних документів, чи є відомості, внесені в офіційний документ, неправдивими.

Після вилучення чи витребування підробленого офіційного документа потрібно провести його **огляд.** Для проведення огляду документа слід запросити спеціаліста, який допоможе слідчому в складанні кваліфікованого опису вилученого підробленого документа. Під час огляду доцільно проводити фотографування, особливо документів, що мають явні ознаки підробки, а точний опис яких у протоколі важко відобразити (плями, складки, забруднення тощо, під час огляду старих документів) та ін. Про проведення огляду складається протокол відповідно до вимог ст. 104 КПК. Оглянутий речовий доказ підлягає негайному опечатуванню в паперовий конверт із завіренням підписами осіб, які брали участь у проведенні огляду, і зберігається при кримінальному провадженні.

Під час розслідування службового підроблення належну увагу потрібно приділяти встановленню місця і часу вчинення злочину та його наслідків. Зокрема, в матеріалах кримінального провадження має знайти відображення інформація про те, в якому саме державному органі або органі місцевого самоврядування працює суб'єкт службового підроблення: повне найменування, місце фактичного знаходження, структура органу, посаду в ньому підозрюваного. Крім того, доцільно встановити: дату призначення підозрюваного посаду, прийняття на державну службу, протягом якого часу він займав зазначену посаду.

Наступним етапом є встановлення наслідків службового підроблення, факту їх заподіяння конкретним суб'єктом, наявності причинного зв'язку між діями суб'єкта службового підроблення і наслідками. Під час розслідування повинно бути з'ясовано, кому конкретно заподіяна шкода в результаті службового підроблення.

Так, правильно органами досудового розслідування було кваліфіковано дії підозрюваного за ч. 2 ст. 366.

> *16 вересня 2008 р. між Управлінням житлово-комунального господарства Львівської обласної державної адміністрації в особі начальника управління З. та ПП «К.І.К.-Л» в особі директора В. було укладено договір №15, за яким ПП «К.І.К.-Л» зобов'язувалось власними силами і засобами виконати роботи з реконструкції теплових мереж, а Управління житлово-комунального господарства Львівської обласної державної адміністрації – прийняти і оплатити виконані роботи. В подальшому між ПП «К.І.К.-Л» в особі директора В. та ПП «Будмасервіс» було укладено договір субпідряду, за яким ПП «Будмасервіс» зобов'язувалось власними силами і засобами виконати роботи з реконструкції теплових мереж, а ПП «К.І.К.-Л.» зобов'язувалось прийняти і оплатити виконані роботи.*
>
> *Однак, В., достовірно знаючи, що ПП «К.І.К.-Л» та ПП «Будмасервіс» не виконувало роботи з реконструкції тепломережі, оскільки ці роботи були виконані працівниками КП «Стрийтеплоенерго», підписав акт приймання виконаних робіт за грудень 2008 р., внаслідок чого на рахунок ПП «К.І.К.-Л.» безпідставно перераховано бюджетні кошти в сумі 1030879 грн. за роботи, які фактично ПП «К.І.К.-Л» не виконувались*[1]**.**

Під час розслідування службового підроблення найчастіше проводяться техніко-криміналістична судова експертиза документів, судово-бухгалтерська, судово-почеркознавча та інші види **експертизи.** Найбільш поширеною у цій категорії злочинів є техніко-криміналістична експертиза документів. Метою її проведення є встановлення фактів зміни первісного змісту документів, виявлення первісного змісту, з'ясування способу виготовлення документа, відновлення записів, встановлення факту знищення будь-яких записів разом з аркушами, відновлення цілого документа за його частинами, ідентифікація матеріалів, предметів і механізмів, які використовувалися для виготовлення документів, встановлення давності виконання реквізитів документів тощо.

Технічна експертиза документів вирішує широке коло питань. Зокрема, при встановленні способу виготовлення документа або його частини:

- яким способом виготовлений документ (типографським, малюванням тощо);

---

[1] Вирок Залізничного районного суду міста Львова від 22 листопада 2018 року у справі №462/3571/14-к // Архів Залізничного районного суду міста Львова.

- чи відповідає бланк досліджуваного документа встановленій формі;

- чи підлягав документ (або його частина) яким-небудь змінам (підчистка, травлення, дописка), чи проводилось переклеювання фотографії тощо;

- чи виконаний рукописний текст документа звичайним письмом чи з допомогою малювання, копіювання або шляхом застосування інших прийомів;

- чи скопійовано конкретний підпис з оригіналу за допомогою технічних засобів і яким саме способом це зроблено;

- чи одним і тим же способом виготовлені документи;

- чи з одного і того ж кліше віддруковано документи.

За допомогою судово-хімічної експертизи вирішуються питання, чи виготовлені різні документи з використанням одних і тих же матеріалів (паперу, фарби, клею тощо) та чи надані на дослідження документи виготовлені з використанням матеріалів, вилучених у підозрюваних осіб.

З метою встановлення особи, яка виконала рукописний текст призначається почеркознавча експертиза, яка може вирішити питання:

- чи виконаний текст документа або його частина конкретною особою;

- чи виконаний підпис від імені конкретної особи самою особою;

- чи виконаний підпис від імені конкретної особи ким-небудь із числа інших визначених осіб;

- чи виконані декілька рукописних текстів (або підписів) однією особою;

- якою рукою (лівою чи правою) виконано рукописний текст;

- яка грамотність особи, що виконувала текст;

- в яких умовах виконано текст.

При оцінці висновку експерта необхідно приділити увагу питанням: чи співвідноситься висновок експерта з наявними фактами; які обставини встановлює, підтверджує висновок експерта. Виявлення при експертному дослідженні документа фрагмента, що містить ознаки дописки або виправлення, не є беззаперечною ознакою підроблення документа. Іноді дописки і виправлення вчиняються в легальних цілях самим виконавцем для виправлення допущених помилок в формі або змісті документа. В силу безвідповідального ставлення до виконуваної роботі особою можуть бути допущені ознаки інтелектуальної підробки. Такі виправлення можуть бути зроблені з відривом у часі зі складанням самого документа. Тому висновок експерта, так само як і інші докази у справі, має оцінюватися критично і в сукупності з іншими доказами.

Після встановлення особи, яка вчинила службове підроблення, прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить **допит підозрюваного.** Під час допиту підозрюваного необхідно встановити:

- який саме офіційний документ був підроблений;

- спосіб підроблення;

- які технічні засоби використовувалися, хто їх надавав;

- мотив вчинення службового підроблення;

- наявність співучасників.

З метою перевірки показань підозрюваного в частині того, що саме він вчинив даний злочин слідчий може, за згодою підозрюваного, провести **слідчий експеримент.** Під час цієї слідчої дії необхідно перевірити, чи дійсно особа могла підробити офіційний документ вказаним ним способом.

Крім того, слідчим повинні бути вивчені і долучені до матеріалів кримінального провадження нормативно-правові акти, що визначають підстави, зміст та форми використання повноважень, наданих суб'єкту службового підроблення.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

Під час розслідування службових підроблень варто пам'ятати про можливі способи протидії розслідуванню. Зокрема, до них можна віднести: 1) відмову видати з підприємства, установи чи організації документи або предмети, які витребовує слідчий; 2) обмеження доступу слідчого до необхідної йому інформації; 3) відмову надати зразки для порівняльного дослідження; 4) повідомлення про незнання незаконності документа при його підписанні; 5) заперечення винагороди або іншого корисливого мотиву при вчиненні фальсифікації документів.

6.5. Службова недбалість (ст. 367 КК)
(О. Житний)

Обов'язкові ознаки складу злочину.

Обов'язковими ознаками складу передбаченої ст. 367 службової недбалості є:

1) діяння (дія чи бездіяльність) – невиконання або неналежне виконання суб'єктом своїх службових обов'язків;

2) наслідки – істотна шкода відповідного характеру (ч. 1 ст. 367) або тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 367);

3) причиновий зв'язок між діянням і наслідками;

4) спеціальний суб'єкт – службова особа;

5) вина у формі необережності.

Об'єктивна сторона злочину.

Діяння у складі аналізованого злочину може бути виражене (альтернативно або в сукупності):

а) у бездіяльності винного, яка полягає в повному, відвертому його усуненні від вчинення дій (нездійснення певних самостійних вчинків, ненадання вказівок підлеглим, ухилення звернення до інших службових осіб, недоведення певних відомостей до вищих службових осіб тощо), які безумовно входять до його обов'язків й повноважень по службі, нормативно-правовими, підзаконними, розпорядчими актами, у т. ч. локальними чи індивідуальними (законом, постановою, статутом, інструкцією, трудовою угодою, контрактом, законними наказами чи розпорядженнями іншої службової особи тощо);

б) в діях винного, хоч і спрямованих на виконання своїх службових обов'язків, але виконаних недбало – неналежно, недостатньо, незавершено, не в повному обсязі, тобто не так, як того вимагають інтереси служби.

Службова недбалість може бути виражена як в окремій дії (наприклад, складаючи офіційний документ, особа з неуважності робить в ньому значні помилки), так і в багаторазовому (у т.ч. систематичному) учиненні певних порушень (наприклад, особа зобов'язана щотижня здійснювати контроль якості й об'ємів робіт на об'єкті будівництва, але при цьому кожного разу не виконує в повному обсязі контрольні обміри), у короткочасному або тривалому невиконанні службових обов'язків. Кількість (тривалість) таких порушень не має значення для кваліфікації службової недбалості, але впливає на ступінь небезпечності цього злочину, а тому має значення для індивідуалізації кримінальної відповідальності й повинне відображатись у матеріалах кримінального провадження.

Для наявності діяння, яке входить до об'єктивної сторони службової недбалості має бути обов'язково встановлено: а) яке джерело (або сукупність джерел) містить приписи, що вимагають від службової особи діяти певним чином, чи було воно чинним на час виконання дій чи бездіяльності суб'єкта; б) як саме, згідно з цими приписами, особа мала б діяти у конкретних умовах, або (при оцінці неналежного виконання службових обов'язків) – якими насправді мали би бути вчинені такою особою при виконанні своїх повноважень у певній обстановці дії (необхідний їхній обсяг, тривалість, своєчасність, результативність тощо). У відповідному процесуальному документі (повідомленні про підозру, обвинувальному акті, обвинувальному вироку тощо) необхідно точно вказати, які саме обов'язки було порушено винним та якого роду (або й які конкретно) дії вимагалися від нього в період часу, за який оцінюється її діяльність, які саме дії вона не вчинила (або вчинила не так, як того вимагали інтереси служби).

Якщо певні обов'язки не формалізовано (не закріплено) у жодному джерелі, то ставити службовій особі у провину їх невиконання не можна. Так само неправомірно докоряти особі за невиконання (неналежне виконання) нею дій, на вчинення яких вона не уповноважена, які входять до службових функцій інших осіб (наприклад, всупереч встановленого порядку керівник доручив підлеглому виконувати його обв'язки в той час як сама службова особа на робочому місці).

Аналізований злочин вчиняється лише у зв'язку із виконанням службових обов'язків. Не може бути кваліфіковане за ст. 367 невиконання чи неналежне виконання особою дій, які не обумовлені її службовим становищем (цивільно-правових, громадських, професійних обов'язків тощо). Наприклад, склад службової недбалості відсутній у поведінці завідувача відділенням медичного закладу, котрий під час проведення хірургічної операції неналежно виконав (не виконав) вимоги, передбачені

клінічним протоколом медичної допомоги (вчинене в цьому випадку порушення може бути визнане злочином проти життя чи здоров'я особи).

Для кримінально-правової оцінки поведінки службової особи як службової недбалості має бути встановлено, що суб'єкт мав реальну можливість діяти відповідно до вимог, які висуваються до нього, та індивідуальні здібності діяти саме таким чином, як від нього вимагалось. Це передбачає перевірку відсутності в конкретних умовах місця, часу й обстановки тих чинників, які негативно вплинули на спроможність особи діяти певним чином (унеможливлювали виконання або належне виконання конкретних службових обов'язків взагалі або суттєво цьому перешкоджали). Такі обставини можуть мати як об'єктивну природу (наприклад, організація виконання певної задачі вимагало певного фінансування, але кошти з відповідного бюджету для цього вчасно не були виділені; на підприємстві недостатньо персоналу для виконання завдання; відсутня службова особа, участь якої необхідна для ухвалення колегіального рішення щодо виконання цієї задачі тощо), так і суб'єктивну (виконати обов'язки або виконати їх якісно не дозволяють якості, притаманні самій особі – наприклад, відсутність в неї спеціальних знань чи необхідного досвіду, незадовільний стан її здоров'я, неправильний розподіл вищою посадовою особою робочого навантаження тощо). Наявність таких обставин в період, коли особа не виконала (неналежно виконала) службові обов'язки, за загальним правилом, виключає наявність у її діянні складу злочину, передбаченого ст. 367. Водночас, необхідно оцінити їхній реальний вплив на поведінку службової особи.

Зазначені об'єктивні чи суб'єктивні негативні чинники не повинні збігатися із передбаченими розділом VIII Загальної частини КК обставинами, які виключають злочинність діяння (зокрема, психічним або фізичним примусом, виконанням наказу або розпорядження), які мають самостійне кримінально-правове значення.

Об'єктивна сторона службової недбалості охоплює як обов'язкову ознаку **наслідки** у виді істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб (ч. 1 ст. 367) або тяжких наслідків (ч. 2 ст. 367). Такі наслідки визначаються згідно із пунктами 3 і 4 примітки до ст. 364 (див. коментар до неї). Вони є реальною шкодою (а не небезпекою її заподіяння).

Вчинення службовою особою діяння (невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків), яке не потягло наслідків або спричинило інші, не зазначені у ст. 367 наслідки, не може бути кваліфіковане як незакінчений злочин. За наявності необхідних ознак, його можна розглядати як інше (некримінальне) правопорушення – зокрема, трудове чи дисциплінарне.

Причиновий зв'язок між діянням та наслідками як ознака злочинної недбалості має особливості у зв'язку із тим, що зазначений злочин вчиняється здебільшого шляхом бездіяльності («чистої» або «змішаної», тобто поєднаної з певними діями) винного. Діяння службової особи, яке входить до об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 367, не здатне безпосередньо заподіяти (спричинити) шкоду. Шкідливий результат під час подій настає, як правило, внаслідок впливу сторонніх (які породжуються поза волею винного) чинників – неправомірної поведінки інших осіб, дії сил природи, порушень (відхилень) у роботі техніки тощо. Водночас, усунення винного від виконання покладених на нього обов'язків або неналежне їх виконання має бути необхідною умовою, вирішальним фактором такого впливу й настання збитку. Фактично службова особа таким чином ніби дозволяє певним чинникам викликати шкідливі наслідки. Наприклад, директор товариства з обмеженою відповідальністю неналежно організував виконання реконструкції дорожнього покриття згідно із договором підряду з міською радою (не провів огляд та оцінку результатів виконаних робіт, не звірив їхні обсяги зі звітною документацією) та підписав акти приймання виконаних будівельних робіт, до яких іншими особами без відома винного були внесені завідомо неправдиві відомості (завищені обсяги фактично виконаних робіт). Унаслідок цього державі та територіальній громаді міста було завдано збитки, які на час вчинення злочину у 250 і більше разів перевищували неоподатковуваний податком мінімум доходів громадян (тяжкі наслідки). У цьому випадку необґрунтовані витрати коштів з місцевого бюджету і їх незаконне привласнення іншими особами стали можливими завдяки недбалим діям зазначеної службової особи.

Факт виявлення наслідків (значної шкоди чи тяжких наслідків) після виконання чи неналежного виконання особою своїх дій чи бездіяльності по службі (на посаді) не у всіх випадках може розглядатися як результат саме її недбалості. Підлягає встановленню час утворення цієї шкоди та зіставлення його із часом виконання (невиконання, неналежного виконання) своїх обов'язків певним

суб'єктом. Також важливо переконатись у тому, що за умови виконання службовою особою певної дії чи належного її виконання наслідки (істотна шкода, тяжкі наслідки) були б відвернені.

У сучасній судовій практиці службовою недбалістю визнавались такі, зокрема, упущення службових осіб, що потягли настання наслідків:

- дії голови комітету з конкурсних торгів державного підприємства, який з формальних підстав запропонував і спонукав інших членів комітету з конкурсних торгів відхилити пропозицію одного з учасників, цінова умова якого була найменшою порівняно з іншими учасниками, допущеними до конкурсних торгів, чим було завдано істотних збитків державному підприємству;

- бездіяльність голови комітету з конкурсних торгів, який не наділив жодного з членів комітету обов'язком перевірки кошторисної документації (локальних кошторисів, наданих до цінової пропозиції) й, маючи необхідну освіту та кваліфікацію, виконував ці дії самостійно, причому під час вивчення локального кошторису, наданого учасником до цінової пропозиції, недбало поставився до цих обов'язків, не перевірив правильність застосованих кошторисних норм, унаслідок чого переможцем став учасник, який застосував кошторисні норми, не передбачені законодавством;

- неналежне вжиття майстром лісництва заходів і дій щодо недопущення самовільних рубок лісу та неналежне виконання ним інших обов'язків, пов'язаних з доглядом і охороною ввірених лісових угідь, що призвело до вчинення незаконних порубок лісу невстановленими особами;

- вчинення державним реєстратором – начальником відділу державної реєстрації міської ради реєстраційної дії щодо внесення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців змін до установчих документів товариства з обмеженою відповідальністю без достатніх підстав, передбачених Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців»;

- ухилення начальника бюро цінового контролю відділу матеріально-технічного постачання державного підприємства від дослідження цінової кон'юнктури ринку, унаслідок чого підприємством було закуплено техніку та обладнання у посередників за цінами, що значно перевищують ціни офіційних дистриб'юторів з продажу цих товарів на ринку України;

- видане головою сільськогосподарського виробничого кооперативу в порушення законодавства розпорядження про проведення сільськогосподарських робіт (засіву озимих культур) на ділянках, що належать до земель оборони, без наявних правових підстав для їх використання;

- складання головою правління страхової компанії податкових декларацій з податку на доходи (прибуток) страховика без попереднього здійснення належного контролю за достовірністю відображених у них даних податкового та бухгалтерського обліків;

- не проведена старшим механіком перевірка технічного стану спеціалізованого транспортного засобу та наявності в ньому робочої сигналізації й випуск його на маршрут, унаслідок чого підчас руху було втрачене майно;

- незабезпечення директором дочірнього підприємства відкритого акціонерного товариства контролю за фактичним надходження придбаного дизельного пального;

- неналежна організація директором товариства з обмеженою відповідальністю забезпечення ведення складського обліку майна, одержаного юридичною особою за договором відповідального зберігання, й неналежний контроль за підлеглими службовими особами, відповідальними за ведення складського обліку, що призвело до втрати майна, яке зберігалося;

- порушення директором санаторію порядку реєстрації й ідентифікації осіб, які одержували реабілітаційні послуги за рахунок Державного бюджету, що зумовило подання недостовірної інформації щодо кількості таких осіб;

- погодження начальником управління містобудування та архітектури міста проектів землеустрою без попереднього вивчення й перевірки висновків про розгляд проектів землеустрою щодо відведення земельних ділянок у власність для індивідуального дачного будівництва.

Одним із найбільш поширених (типових) проявів службової недбалості є невиконання (неналежне виконання) службовими особами своїх службових обов'язків під час розпорядження коштами підприємства, установи чи організації чи державними коштами, зокрема, при укладенні й виконанні ними від імені юридичної особи цивільно-правових договорів про придбання, поставку майна або надання послуг й оплати цих договорів виконавцям, унаслідок чого завдається майнова шкода (збитки) юридичній особі або державі безпідставним (або зайвим, у завищених розмірах) перерахуванням (списанням) коштів.

Наприклад, за ст. 367 було кваліфіковано:

- прийняття директором заповідника виконаних робіт за договором про винесення меж земельних ділянок в натурі та підписання документів на їх оплату, в той час як підготована виконавцем робіт документація, внаслідок низької якості, не давала можливості винести межі земельних ділянок в натуру;

- підписання головою окружної виборчої комісії з виборів Президента України територіального виборчого округу від імені комісії акту про виконання робіт, який містив недостовірні відомості щодо обсягу виконаних робіт (зазначені в ньому види робіт не відповідали роботам, які були виконані фактично);

- не забезпечення належного контролю виконуючим обов'язки начальника відділу освіти за виконанням робіт з обслуговування та ремонту обладнання газових котелень в установах освіти, правильністю нарахування та оплати цих послуг;

- затвердження проректором університету акту виконаних будівельних робіт без перевірки обсягів і вартості фактично виконаних робіт, що призвело до проведення закладом освіти їх зайвої оплати тощо.

Суб'єкт злочину.

Суб'єкт службової недбалості спеціальний – службова особа (див. коментар до ст. 364).

Порушення особою, яка крім виконання функції представника влади чи місцевого самоврядування, виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій виконує й інші (професійні) функції – наприклад, лікування, представництво в суді, викладацьку діяльність тощо, – обов'язків, які покладені на неї у зв'язку з цією діяльністю, як службова недбалість не розглядаються. Так, місцевим судом була правильно виправдана за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 367, особа, яка, обіймаючи посаду директора товариства з обмеженою відповідальністю, також здійснювала професійну діяльність оцінювача, за порушення, допущені нею під час проведення спірної оцінки майна (заниження його вартості).

Якщо причиною настання (завдання) наслідку є невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків кількома службовими особами (наприклад, під час відведення лісової ділянки в суцільносанітарну рубку два інженери охорони і захисту лісу неналежно виконали службові обов'язки внаслідок несумлінного ставлення до них та спільним рішенням визначили для проведення рубки лісу ділянку, не передбачену планом лісогосподарських заходів, що потягло тяжкі наслідки), кожна з них підлягає кримінальній відповідальності індивідуально.

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина службової особи у складі передбаченого ст. 367 визначається із урахуванням наявної в диспозиції її першої частини вказівки на несумлінне ставлення службової особи до своїх службових обов'язків. Таким чином, психічне ставлення службової особи до наслідку може бути лише необережним, вираженим у виді злочинної самовпевненості (винний, передбачаючи можливість настання наслідку, легковажно розраховує на його відвернення, беручи до уваги певні реально існуючи обставини – наприклад, сумлінність підлеглих, – які, однак, не призводять до очікуваного позитивного результату) чи злочинної недбалості (винний не передбачає, що порушення ним певних спеціальних правил (які є складовою його службових обов'язків) потягне наслідки, хоч в конкретній обстановці він повинен і може це передбачити).

Для кваліфікації злочину за ст. 367 має бути встановлено, що службова особа мала об'єктивну (реальну) можливість ознайомитися із тими службовими обов'язками, порушення (невиконання або неналежне виконання) яких призвело до настання істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб. Водночас, підлягають критичній оцінці й перевірці твердження (заяви) підозрюваних чи обвинувачених осіб про їхню необізнаність із тими чи іншими складовими покладених на них обов'язків чи з усіма такими обов'язками в цілому.

Правильне встановлення суб'єктивної сторони у вчинених службовими особами правопорушеннях, пов'язаних із виконанням чи невиконанням своїх обов'язків, має важливе значення для запобігання штучному уникненню винними кримінальної відповідальності за умисні службові зловживання, які, за наявності необхідних ознак (зокрема, при прагненні одержати неправомірну вигоду чи сприяти в цьому іншим особам), можуть бути кваліфіковані за ст. 364, що тягне настання похідних правових наслідків, зумовлених визнанням діяння корупційним злочином.

Невиконання чи неналежне виконання службовими особами своїх службових обов'язків певного змісту є ознакою складів деяких інших злочинів, передбачених спеціальними кримінально-правовими нормами. Наприклад, у ст. 137 встановлено кримінальну відповідальність за невиконання або неналежне виконання службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх внаслідок недбалого або несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило істотну шкоду здоров'ю потерпілого, спричинило смерть неповнолітнього або інші тяжкі наслідки. У таких випадках ст. 367 розглядається як загальна і вчинене службовою особою правопорушення, згідно з правилами кваліфікації при конкуренції норм, кваліфікується за спеціальною нормою.

6.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 367 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Говорячи про роль службової недбалості у функціонуванні організованої злочинності та корупції, необхідно констатувати, що службова недбалість – це лише одна з умов, що має різноманітні прояви, яка широко використовується організованою злочинністю, особливо при вчиненні злочинів у сфері економіки. Службовій діяльності вищих посадових осіб держави має бути приділена значна увага в роботі детективів НАБУ та ДБР. Аналіз ухвал слідчих суддів дозволяє виявити низку ухвал слідчих суддів, які НАБУ зобов'язано внести в ЄРДР та розпочати розслідування кримінальних проваджень за фактами службової недбалості[1].

Однак, методиці розслідування службової недбалості майже не приділяється уваги у системі криміналістичної методики.

Розглянемо загальний **алгоритм розслідування** злочинів цієї категорії.

При розслідуванні таких злочинів потрібно встановити:

- у чому полягає факт службової недбалості;
- чи є такий факт поодиноким або має місце тривала бездіяльність;
- характеристика посади та повноважень службової особи (коли і ким призначено на посаду; яке місце займає особа в структурі організації, де працює; чи є особа службовою; які функції покладено на особу, які повноваження їй надано, якими документами регламентовані такі повноваження);
- аналіз прийнятих службовою особою рішень, вчинених дій в конкретному випадку: які службові обов'язки покладені на службову особу, чи виконувала вона свої службові обов'язки; чи визначено спосіб виконання певних службових обов'язків і чи дотримувалася особа його;
- чи належать до службових обов'язків дії, невиконання яких призвело до службової недбалості;
- яким способом вчинено службову недбалість (невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків), які дії зобов'язана була вчинити особа і в який спосіб і чому не вчинила. Чи вчинялися якісь дії задля приховання фактів службової недбалості;
- чи існували якісь об'єктивні чинники, які перешкоджали належному виконанню особою своїх службових обов'язків;
- чи були можливості виконати свої обов'язки належним чином або ж відвернути чи мінімізувати суспільно-небезпечні наслідки вчиненого;
- види майна і характер заподіяної шкоди;
- якими є наслідки службової недбалості, у чому виражається істотна шкода, заподіяна злочином.

Найчастіше органи досудового розслідування отримують інформацію про факти службової недбалості з інформації в ЗМІ про якусь подію: нещасний випадок, пожежа, забруднення території тощо. При цьому кримінальне провадження зазвичай розпочинається після огляду місця події (місця, де настали суспільно-небезпечні наслідки службової недбалості). Усні повідомлення про вчинення службової недбалості рідше стають приводом для початку кримінального провадження. Проте, і в такому випадку зазвичай до правоохоронних органів звертаються з письмовою заявою потерпілі чи

---

[1] Ухвала слідчого судді Солом'янського районного суду м. Києва від 29 грудня 2018 року у справі №760/33221/18. ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79099106?fbclid=IwAR2rExC8uWuu-xXve9tsja6z4iepYT4OM57 kAYZbkwe_Rr5Y3j6iAUQDEXc. (НАБУ зобов'язали відкрити провадження проти Гройсмана і Гриневич // https://www.pravda.com.ua/news/2019/01/17/7204056); Ухвала слідчого судді Солом'янського районного суду м. Києва від 29 грудня 2018 року у справі №760/28199/18. ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79099203 (НАБУ зобов'язали завести справу за фактом службової недбалості Полторака // https://ukranews.com/ua/news/607667-nabu-zobov-yazaly-zavesty-spravu-za-faktom-sluzhbovoi-nedbalosti-poltoraka).

контролюючі органи, надаючи підтвердження виявлених ними фактів службової недбалості (акти перевірок, висновки ревізій).

При розслідуванні злочину обов'язково перевіряється версія, чи не була використана ситуація, що виникла внаслідок допущеної службової недбалості, для вчинення іншого злочину або його приховування.

Наступною процесуальною дією є **витребування** в порядку ст. 93 КПК **документів**, які підтверджують у особи наявність службових обов'язків щодо розпорядження певним майном. До таких документів можна віднести: статут підприємства, посадові інструкції, накази про прийняття на роботу, договір про матеріальну відповідальність та інші.

Першочерговими слідчими діями є **допити свідків** для з'ясування ставлення службової особи до своїх обов'язків, її особистих якостей, поведінки, що впливала на виконання службових обов'язків, її реагування на недоліки в діяльності установи, організації, на факти систематичного недбалого, несумлінного виконання нею службових обов'язків.

Після встановлення особи, яка вчинила службову недбалість, прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить допит підозрюваного.

Допит підозрюваного повинен бути спрямований на ретельну фіксацію пояснень службової особи з приводу кожного факту службової недбалості, із посиланнями на документи та інші джерела доказів.

У певних випадках розслідування службової недбалості вимагає проведення судових **експертиз:** судово-товарознавчої, судово-технологічної – для встановлення правильності збереження товарів та їхнього транспортування; судово-технічної – для розв'язання питань щодо причин псування обладнання, судово-економічної – для встановлення розміру заподіяної шкоди, криміналістичної – для дослідження документів.

Питання про призначення судово-бухгалтерської експертизи в кожному конкретному випадку залежно від обставин вирішує слідчий. Найчастіше вона застосовується у випадках, коли слідчий не може вирішити питання, що виникли у провадженні, без використання спеціальних знань з бухгалтерського обліку та аналізу господарської діяльності.

Коло питань, які вирішуються в процесі судово-бухгалтерської експертизи, визначаються її завданнями, до яких належить:

- перевірка та підтвердження за допомогою документів розміру нестач або лишків матеріальних цінностей і грошових коштів, визначення періоду та місця їх створення;
- визначення та підтвердження розміру матеріальної шкоди;
- виявлення недоліків в організації бухгалтерського обліку, звітності і контролю фінансово-господарської діяльності, які сприяли утворенню матеріальної шкоди;
- встановлення відповідності здійснених господарських операцій нормам чинного законодавства;
- визначення кола осіб, на чиїй відповідальності в період створення нестачі або лишків, знаходилися товарно-матеріальні цінності та грошові кошти;
- визначення кола службових осіб, які зобов'язані були забезпечити виконання вимог бухгалтерського обліку та контролю, недодержання яких установлено під час проведення експертизи;
- встановлення правильності документального оформлення операцій по прийманню, реалізації і збереженню товарно-матеріальних цінностей та руху грошових коштів;
- встановлення причин, що сприяли вчиненню зловживань;
- встановлення правильності методики проведення документальної ревізії та достовірності її результатів.

Після цього слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

6.7. Провокація підкупу (ст. 370 КК)

(М. Хавронюк)

Злочин, передбачений ст. 370, не є корупційним злочином, але відповідно до ст. 216 КПК, у разі встановлення підрозділом внутрішнього контролю НАБУ, що його було вчинено службовою особою НАБУ (крім Директора НАБУ, його першого заступника та заступника), цей злочин розслідується детективами зазначеного підрозділу. Практично в усіх інших випадках його розслідування належить

до повноважень ДБР, оскільки, за незначними винятками, провокацію підкупу вчинюють службові особи саме правоохоронних органів; у випадку вчинення цього злочину службовою особою, яка не належить до правоохоронних органів, злочин, передбачений ч. 1 ст. 370, розслідують слідчі Національної поліції.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони провокація підкупу полягає у діях з підбурювання (схиляння) особи до вчинення злочину, передбаченого статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 чи 369-2. Формами провокації підкупу можуть бути:

1) провокація пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди;

2) провокація прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди.

Провокація як діяння зовні схожа на підбурювання, тобто може мати вираз умовляння, погрози, примусу і навіть підкупу – коли особі пропонується вигода за те, що вона вчинить зазначену провокацію.

Неправомірна вигода як ознака цього злочину є не предметом, а засобом його вчинення.

Особа, яка виступила в ролі провокатора, може нести відповідальність як пособник службової особи, яка з провокаційною метою організувала надання чи одержання неправомірної вигоди. Наприклад, якщо детектив умовить особу вручити неправомірну вигоду службовій особі, яка не збиралася її ні просити, ні вимагати, з метою згодом викрити її, то він підлягатиме відповідальності за ч. 2 ст. 370, а особа-провокатор – за ч. 5 ст. 27 і ч. 2 ст. 370.

Провокація підкупу є закінченим злочином з моменту вчинення будь-якої із дій, зазначених у ч. 1 ст. 370, незалежно від того, чи мали місце згодом діяння, до яких особу схиляв провокатор. Невдала провокація підкупу у контексті положень ст. 370 є закінченим злочином.

Важливо розрізняти між собою поняття «***провокація***» і «***виконання спеціального завдання***».

Стаття 43 КК визначає **чотири умови**, за сукупності яких заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації, визнається правомірним – обставиною, що виключає злочинність діяння:

1) заподіяння шкоди є вимушеним. Воно є необхідним для збереження особою у таємниці факту виконання нею спеціального завдання;

2) воно здійснюється особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації:

- як штатний працівник оперативного підрозділу правоохоронних органів, який проникає до складу організованої групи чи злочинної організації. Причому проникнення може бути і не таємним (наприклад, особа вдає корумпованого поліцейського);

- як особа, яка на передбаченій законом на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування і отримала відповідне спеціальне завдання, що документально оформлене;

3) метою такого завдання було попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації;

4) під час виконання зазначеного спеціального завдання особою, яка виконує таке завдання, не вчинено злочинів, зазначених у ч. 2 ст. 43 КК[1].

Стаття 370 не суперечить останнім трьом умовам, але суперечить першій, адже провокація підкупу вимушено завдає шкоди правоохоронюваним інтересам. Провокування підкупу, яке за своєю суттю є свідомим підбурюванням до надання чи одержання неправомірної вигоди, не можна визнавати вимушеним заподіянням шкоди правоохорюваним інтересам. Зрештою, виконання спеціального завдання проводиться зовсім з іншою метою – попередження чи розкриття злочинної діяльності (ч. 1 ст. 43).

Крім того, одна справа – це виключення злочинності діяння щодо особи, яка виконувала спец. завдання, а інша – допустимість доказів, здобутих щодо обвинуваченого, в контексті положення ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ щодо справедливого суду.

---

[1] Цікаво, що в інших державах є аналоги ст. 43 КК України. Наприклад, ст. 32 КК Литви передбачає як обставину, що виключає злочинність діяння особи, яка діяла законно відповідно до моделі, що імітувала злочинне діяння під час виконання законного завдання правоохоронної інстанції. КК Білорусі передбачає як обставину, що виключає злочинність діяння, вимушене вчинення злочину особою, яка виконувала спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочину – не обов'язково вчиненого в організованій формі (ст. 38). А ось аналогів ст. 370 КК України, крім як в РФ та деяких інших пострадянських країнах, немає.

Статті 246 і 272 КПК визначають такі умови щодо виконання спеціального завдання:

1) підстави проведення НС(Р)Д – відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб;

2) його можна проводити виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів;

3) завдання – отримати відомості, речі і документи, які мають значення для досудового розслідування.

Під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою її подальшого викриття в його вчиненні, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий чи інша відповідна службова особа цьому не сприяли, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем; здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні (ч. 3 ст. 271 КПК).

Не змінює кримінально караного характеру провокації підкупу також вчинення її в межах виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, яке проводиться для отримання відомостей, речей і документів, які мають значення для досудового розслідування (ст. 272 КПК). Виходячи з мети цієї НСРД, нею не охоплюється проведення експериментальних дій, які за своїм змістом становлять проведення контролю за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину або спеціального слідчого експерименту.

Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» у ст. 17 визначає, що українські суди застосовують при розгляді справ ЄКПЛ та практику Суду як джерело права. ЄСПЛ, з огляду на використання методу виконання спеціального завдання в багатьох країнах, підтвердив, що він не є порушенням ЄКПЛ, **якщо виконуються такі умови**:

1) метод має бути передбачений в законі;

2) він має бути відмежований від провокації (яка заборонена) – нею є підбурювання, що може вчинятися як поліцією, так і особою, котра діє за вказівкою поліції, з метою наступного викриття особи.

У рішенні ЄСПЛ у справі «*Тейксейра де Кастро проти Португалії*» від 9 червня 1998 р. з цього приводу вказано: «Потрібно... розмежовувати справи, у яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих, де підозрюваний вже мав намір вчинити злочин». У рішенні ЄСПЛ у справі «*Раманаускас проти Литви*» від 5 лютого 2008 р. зазначається, що «підбурювання з боку поліції має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений (п. 55)» При цьому «використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції, не можна виправдати суспільним інтересом, оскільки в такому випадку обвинувачений із самого початку може бути позбавлений права на справедливий судовий розгляд справи» (п. 54). Тому для того, щоб уникнути провокації, слід вступати у злочинну діяльність на стадії замаху чи готування до злочину, хоча б одного;

3) повинні існувати запобіжники, у т.ч. , можливо, у вигляді судового контролю, тобто виконання спеціального завдання не повинно відбуватися за адміністративним рішенням в межах самої поліції, без відома прокурора тощо;

4) повинна існувати спрямованість на запобігання (попередження) злочинної діяльності, що, без сумніву, є необхідним в демократичному суспільстві (справа «*Міліньєне проти Литви*» від 5 лютого 2008 р.);

5) слідство в цілому має проводитися в пасивній манері, тобто слід виключити повторні пропозиції, наполегливі нагадування тощо. Тим більше не можна діяти шляхом умовляння, погроз, примусу чи іншим подібним чином. У рішенні ЄСПЛ у справі «*Раманаускас проти Литви*» з цього приводу вказано: «якщо підсудний заявляє про підбурювання його до вчинення злочину, суд повинен ретельно перевірити матеріали кримінальної справи, оскільки з метою забезпечення права на справедливий судовий розгляд справи в розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод всі докази, отримані внаслідок підбурювання з боку поліції, мають визнаватися недопустимими» (п. 60); «для обґрунтування висновку, що дії працівників

правоохоронних органів вийшли за межі пасивного розслідування наявної протиправної діяльності достатньо лише наявності контактів особи, яка раніше не вчиняла злочинів, пов'язаних з корупцією, з працівниками правоохоронних органів з ініціативи останніх» (пункти 67, 68).

Саме такі контакти у кримінальному провадженні з обвинуваченим ОСОБА_4 здійснено прокурором військової прокуратури Хмельницького гарнізону ОСОБА_24.

> *12 листопада 2018 р. Хмельницький міськрайонний суд Хмельницької області виніс вирок, яким Особу_4 визнав невинуватим та виправдав його за ч. 3 ст. 369 КК – за недоведеністю вчинення кримінального правопорушення, в якому він обвинувачувався*[1]**.**
>
> *Правоохоронці, отримавши відомості про можливе вчинення ОСОБА_4 злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369 КК, не обмежились пасивним розслідуванням, а з метою отримання доказів на підтвердження його вчинення, впливали на ОСОБА_4, схиляючи його до вчинення цього злочину. Дізнавшись, що ОСОБА_4 може надати неправомірну вигоду, вони здійснили вилучення належних ОСОБА_4, його дочці та зятю грошових коштів, які не мали будь-якого відношення до кримінального провадження, що розслідувалося слідчим військової прокуратури Хмельницького гарнізону, чим створили умови для пропозицій надання службовій особі неправомірної вигоди, у т.ч. за повернення вказаних коштів родичам обвинуваченого. Отримавши таку пропозицію, працівники правоохоронного органу не обмежились пасивним розслідуванням, а з метою отримання доказів на підтвердження вчинення злочину своїми подальшими активними діями впливали на ОСОБА_4, інваліда 2 групи і людину похилого віку, яка понад 41 рік займалась суспільно-корисною працею, за багаторічну сумлінну працю неодноразово нагороджувалася, у т.ч. орденом «За заслуги» ІІІ ступеню, мала почесне звання «Заслужений працівник промисловості України», раніше до юридичної відповідальності не притягувалася і мала виключно позитивну репутацію, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений.*

В десятках проаналізованих вироків судів за ст. 369 інші підсудні також посилались на провокацію підкупу, жертвою якої вони стали, і в багатьох випадках суди з цієї причини виносили **виправдувальні вироки** стосовно цих підсудних. Йдеться, зокрема, про вироки:

1) ***Соснівського районного суду м. Черкаси від 7 лютого 2017 р.***[2]

Органами державного обвинувачення Особа_2 обвинувачувався в тому, що він, здійснюючи професійну адвокатську діяльність, неодноразово пропонував, а згодом надав старшому слідчому СУ ФР ГУ ДФС у Черкаській області ОСОБА_3 неправомірну вигоду в розмірі 10000 грн. за прийняття рішення щодо закриття кримінального провадження за ознаками злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204, за фактом незаконного придбання, зберігання з метою збуту незаконно виготовлених підакцизних товарів службовими особами ТОВ «Корсуньрайагропостач». В судовому засіданні обвинувачений ОСОБА_2 свою вину у вчиненні інкримінованого йому правопорушення не визнав та пояснив, що стосовно нього було вчинено провокацію.

Суд таким чином обґрунтував свій вирок.

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях наголошував на необхідності ретельної перевірки заяв про вчинення провокації із сторони працівників правоохоронних органів із забезпеченням підсудному (обвинуваченому, засудженому) права на повне і об'єктивне дослідження тих обставин справи, які можуть указувати на наявність провокації, можливості допиту у судовому засіданні «секретних агентів», необхідність доведення прокурором відсутності провокації із сторони працівників міліції чи осіб, які діють за їх завданням тощо (рішення ЄСПЛ у справі «Баннікова проти Росії»).

Суд при розгляді цього кримінального провадження здійснив перевірку поданої ОСОБА_2 заяви про провокацію злочину та встановив наявність провокації злочину зі сторони правоохоронних органів під час здійснення досудового розслідування.

Так, у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин відповідно до ст. 271 КПК може здійснюватися контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту. Прийняти рішення про це уповноважений виключно прокурор (ч. 4 ст. 246 КПК). Відповідно до ст. 251, ч. 7 ст. 271 КПК

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77767335; Суд побачив в діях військового прокурора провокацію хабара і виніс виправдувальний вирок // Антикор. Режим доступу: https://antikor.com.ua/articles/270148-sud_pobachiv_v_dijah_vijsjkovogo_prokurora_provokatsiju_habara_i_vinis_vipravduvaljnij_virok

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64617196

прокурор у своєму рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину зобов'язаний, серед іншого, викласти обставини, які свідчать про відсутність під час негласної слідчої (розшукової) дії провокування особи на вчинення злочину.

ЄСПЛ у своїй практиці виробив загальний принцип щодо гарантій справедливого розгляду справи в контексті техніки негласних розслідувань. Загальний зміст цього принципу зводиться до того, що **суспільні інтереси не можуть виправдовувати використання доказів, що отримані внаслідок провокації правоохоронних органів** (див. §§88-89 рішення у справі «*Веселов та інші проти Росії*»; §§33-36 рішення у справі «*Баннікова проти Росії*»; §54 рішення у справі «*Раманаускас проти Литви*»).

Згідно з визначенням, закріпленим у рішенні у справі «*Тейксейра де Кастро проти Португалії*», «підбурювання з боку правоохоронних органів має місце тоді, коли працівники таких органів або особи, які діють за їх вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням», а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений.

У справі «*Раманаускас проти Литви*» заявника було засуджено за одержання хабара від особи, що співпрацювала з поліцією як таємний агент. Суд зауважив, що оскільки доводи заявника про провокацію злочину, які він висловлював протягом усього провадження у справі, не були повністю необґрунтованими, то «саме прокуратура мала довести, що факту підбурювання не було». У разі відсутності таких доказів національні суди зобов'язані були проаналізувати факти у справі та вжити відповідних заходів, щоб встановити істину, а також з'ясувати, чи мало місце підбурювання. ЄСПЛ констатував, що національний суд не вжив відповідних заходів, зокрема, навіть не намагався з'ясувати роль кожного з головних дійових осіб, наприклад, причини особистої ініціативи особи, що дала хабар, звернутися до заявника, незважаючи на те, що обвинувальний вирок щодо останнього ґрунтувався на доказах, отриманих внаслідок оскаржуваного ним факту підбурювання.

«Негласні заходи самі по собі не можуть порушувати право на справедливий судовий розгляд справи. Проте у зв'язку з тим, що при здійсненні цих заходів виникає ризик підбурювання з боку поліції, межи їх застосування мають бути чітко визначені» (справа «*Раманаускас проти Литви*»).

Для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів ЄСПЛ виробив **змістовний і процесуальний критерії.**

При цьому під ***змістовним*** критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під ***процесуальним*** – наявність в суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів змагальності та рівності сторін. Розкриваючи **змістовний критерій,** ЄСПЛ відзначає:

а) держава повинна мати у своєму розпорядженні конкретні та об'єктивні свідчення, що підтверджують вчинення обвинуваченим конкретних кроків на вчинення діяння, за яке він в подальшому переслідується. При цьому будь-яка інформація, що стосується існуючого наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину, має бути такою, що може бути перевіреною, та державне обвинувачення повинно мати змогу продемонструвати на будь-якій стадії, що в його розпорядженні наявні достатні підстави для проведення оперативного заходу (див. §§38-42 рішення у справі «*Баннікова проти Росії*»; §90 рішення у справі «*Веселов та інші проти Росії*»; §§49, 134 рішення у справі «*Ванян проти Росії*»; §36 рішення у справі «*Малінінос проти Литви*»);

б) будь-яка інформація, отримана внаслідок негласної діяльності, повинна відповідати вимозі щодо того, що слідство має проводитись в цілому у пасивній манері. Це виключає, зокрема, будь-які дії, що можуть бути розтлумачені, як вплив на обвинуваченого з метою вчинення ним злочину, як то прояв ініціативи в контактах, повторна пропозиція, наполегливі нагадування тощо (див. §47 рішення у справі «*Баннікова проти Росії*»; §92 рішення у справі «*Веселов та інші проти Росії*»; §§11, 49 рішення у справі «*Ванян проти Росії*»; §37 рішення у справі «*Малінінос проти Литви*»; §67 рішення у справі «*Раманаускас проти Литви*»).

Відповідно до практики ЄСПЛ, усі докази, отримані внаслідок провокації правоохоронних органів, слід визнавати недопустимими, оскільки вони отримані внаслідок істотного порушення права людини на справедливий судовий розгляд, що закріплене у пункті 1 ст. 6 Конвенції (див. §§56 рішення у справі «*Баннікова проти Росії*»). Таке повністю відповідає вимогам ч. 1 ст. 87 та ч. 3 ст. 271 КПК України.

Таким чином, суд повинен ретельно перевіряти матеріали кримінальної справи, оскільки з метою

забезпечення права на справедливий розгляд справи в розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції всі докази, отриманні внаслідок підбурювання з боку поліції, мають визнаватися недопустимими. Дотримання цього принципу особливо важливе, якщо оперативно-розшуковий захід проведено без достатньої правової підстави чи належних гарантій недопущення зловживань.

Так, суд здійснив перевірку інформації, що стосується існуючого наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину обвинуваченим за ч. 3 ст. 369, та встановив, що сторона обвинувачення не змогла продемонструвати в судовому засіданні, що в її розпорядженні станом на 26.02.2016 р. (дата винесення постанови про контроль за вчиненням злочину) були наявні достатні підстави для проведення негласних слідчих (розшукових) дій та відсутній факт провокації.

Судом детально було досліджено матеріали справи та стенограми проведення негласної слідчої дії – аудіо-, відеоконтролю відносно ОСОБА_2, які підтверджує активну роль ОСОБА_3 в підбурюванні ОСОБА_2 до надання неправомірної вигоди, в чому ОСОБА_3 сприяв працівникам правоохоронних органів, які негласні слідчі (розшукові) дії провели без достатньої правової підстави.

Вказані докази в деталях узгоджуються між собою та з іншими матеріалами кримінального провадження, а тому суд приймає їх до уваги та вважає такими, що повністю підтверджують вказану лінію захисту обвинуваченого про здійснення щодо нього провокації злочину з метою викриття. А тому суд вбачає, що своїми діями старший слідчий СВ ГУ ОСОБА_3, який є службовою особою, навмисно створював обставини, за яких ОСОБА_2 мав надати йому пропозицію і згодом передати неправомірну вигоду, щоб потім викрити обвинуваченого.

Суд також вважає, що ОСОБА_3 був залучений до документування неправомірних дій обвинуваченого, залишаючись при цьому виконувати обов'язки слідчого, який розслідував кримінальне провадження в рамках якого обвинувачений був адвокатом, тобто свідок ОСОБА_3 незалежно від того чи залучений до таємного співробітництва чи ні, повинен дотримуватись меж дозволеного та законно виконувати свої повноваження.

Відповідно до вимог ч. 3 ст. 62 Конституції України та Рішення Конституційного Суду України від 20 жовтня 2001 р. №12-рп/2011, обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, тобто з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина або встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання таких доказів.

Органи державної влади та їх посадові особи, у т.ч. ті, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України зобов'язані діяти лише в межах повноважень, на підставі та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України.

Провокація (підбурювання) до вчинення злочину з боку правоохоронців є порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції.

Відповідно до українського законодавства, рішення ЄСПЛ є для українських судів джерелом права й підлягають застосуванню для правовідносин, що виникають у судовій практиці.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в ухвалі від 26.01.2016 р. в справі №5-197км16 зазначив, що відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК України та правових позицій, викладених в рішеннях Європейського Суду з прав людини у справах: «*Веселов та інші проти Росії*» від 2 жовтня 2012 р.; «*Банніков проти Росії*» від 4 листопада 2010 р.; «*Раманаускас проти Литви*» від 5 лютого 2008 р., «під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати, підбурювати особу на вчинення цього злочину, з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який би вона не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті у такий спосіб речі та документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні, стають недопустимими».

ЄСПЛ у справі «*Ваньян проти Російської Федерації*» в своїй постанові від 15 грудня 2005 р. дійшов висновку, що «якщо злочин був припустимо спровокований діями таємних агентів і ніхто не припускає, що він би був вчинений без будь-якого втручання, то ці дії вже не є діяльністю агента і являють собою підбурення до вчинення злочину». Таке втручання і його використання в кримінальному процесі можуть призвести до того, що буде непоправно підірваний принцип справедливості судового розгляду.

Посилання сторони обвинувачення на положення п. 23 ППВСУ №5 від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво», що якщо давання або одержання хабара відбулось у зв'язку з провокацією, не виключає відповідальності того, хто його дав або одержав, в даному

випадку не може бути взято до уваги, оскільки в силу вимог законодавства України судова практика Європейського суду з прав людини має першочергове юридичне значення; крім того, враховуючи вищевикладене, ряд доказів сторони обвинувачення є недопустимими.

Відповідно до вимог ч. 3 ст. 62 Конституції України та Рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011 р. №1-31/2011, обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, тобто з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина або встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання таких доказів.

Відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК України недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

2) ***Київського районного суду м. Полтави від 24 вересня 2018 р.***[1]

ОСОБА_2 обвинувачувалася у пропозиції надати неправомірну вигоду за вчинення службовою особою, яка займає відповідальне становище, дій в інтересах третьої особи з використанням наданого службового становища, а також втручанні в діяльність судді з метою добитися винесення неправосудного рішення.

За обставинами справи, ОСОБА_2 у грудні 2014 – січні 2015 років неодноразово телефонував та зустрічався у приміщенні Октябрського районного суду міста Полтави із суддею ОСОБА_3 з метою досягнення домовленості щодо винесення рішення у справі про адміністративне правопорушення, передбачене ст. 172-7 КУпАП, стосовно Полтавського міського голови ОСОБА_4, яке б влаштовувало останнього, а 16 і, повторно, 21, 22 і 23 січня 2015 р., діючи в інтересах ОСОБА_4, пропонував ОСОБА_3 неправомірну вигоду у вигляді грошових коштів в сумі спочатку 3000, а потім 5000 доларів США за прийняття рішення про закриття справи про адміністративне правопорушення за строками давності без встановлення факту винуватості ОСОБА_4 у скоєнні адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-7 КУпАП.

Обґрунтовуючи виправдувальний вирок щодо ОСОБА_2, суд послався на рішення ЄСПЛ у справах «*Балицький проти України*», «*Тейксейра де Кастро проти Португалії*», «*Шабельник проти України*», в яких застосовано різновид **доктрини «плодів отруєного дерева»:** коли визнаються недопустимими не лише докази, які безпосередньо отримані внаслідок порушення, а також і докази, які не були б отримані, якби не були отримані перші. Таким чином, допустимі самі по собі докази, отримані за допомогою відомостей, джерелом яких є недопустимі докази, стають недопустимими.

Суд визнав недопустимим доказом висновки комп'ютерно-технічної експертизи, отримані внаслідок проведення досліджень записів негласних слідчих (розшукових) дій, які судом визнані недопустимими, і зазначив, що самих лише показань заявниці ОСОБА_3 про намір обвинуваченого надати неправомірну вигоду, за відсутності допустимих доказів на підтвердження дотримання закону при проведенні контролю за вчиненням злочину, недостатньо для переконання про доведеність винуватості ОСОБА_2.

Всупереч вимогам ст. 57 Закону «Про судоустрій і статус суддів» і ст. 14 Кодексу суддівської етики, ОСОБА_3, будучи суддею, мала позапроцесуальні відносини з особами, що є учасниками справи, яка перебуває у його провадженні, погодилася на роль агента-викривача та проводила неодноразові зустрічі з ОСОБА_2 і з ОСОБА_4, обговорюючи з ними перебіг судового процесу та можливі рішення у провадженні, а також телефонувала останньому та пропонувала йому прийти на зустріч; під час зустрічей допускала усамітнення.

Незважаючи на це, основна мета проведеного слідчого експерименту за участі судді ОСОБА_3 так і не була досягнута – ні обвинувачений ОСОБА_2, ні свідок ОСОБА_4 так і не надали їй неправомірну вигоду.

Відповідно до п. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожен обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення вважається невинним доти, доки його вина не буде встановлена в законному порядку.

Пункт 2 ст. 6 Конвенції з прав людини проголошує право на презумпцію невинуватості. В його основі лежить принцип, згідно з яким особа, яку обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення, має право на виправдувальний вирок у разі нестачі доказів проти неї, і тягар подання

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76648619

достатніх доказів для доведення вини покладається на сторону обвинувачення. Недопустимість порушення таких принципів ЄСПЛ засвідчив у справі «*Тельфнер проти Австрії*» від 20 березня 2001 р. та «*Джон Мюррей проти Сполученого Королівства»* від 8 лютого 1996 р., а у справах «*Грабчук проти України*» від 21 вересня 2005 р. та «*Шагін проти України*» від 10 грудня 2009 р. встановив, що національні суди визнали заявників винними, спираючись на слабкі докази та припущення про їх причетність до вчинення злочину, чим було порушено принцип презумпції невинуватості.

Суд, оцінюючи всі докази за цим кримінальним провадженням в їх сукупності, враховує, що практика ЄСПЛ вказує на необхідність оцінювати докази керуючись критерієм доведення «поза розумним сумнівом» (рішення у справі «*Федорченко та Лозенко проти України*»). Очевидно, що сумнівний характер вчинення ОСОБА_2 інкримінованого йому діяння не узгоджується із стандартом доказування «поза розумним сумнівом», який знайшов свій вияв як в положеннях ч. 3 та ч. 4 ст. 17 КПК України, так і в практиці ЄСПЛ, зокрема, рішенні у справі «*Коробов проти України*», в якому зазначалось, що суд при оцінці доказів, як правило, застосовує критерій доведення «поза розумним сумнівом», проте така доведеність може випливати зі співіснування достатньо переконливих, чітких і узгоджених між собою висновків чи схожих неоспорюваних презумпцій факту;

3) ***Смілянського міськрайонного суду Черкаської області від 21 серпня 2017 р.***[1]

ОСОБА_5 та ОСОБА_6 обвинувачувалися в тому, що вони, діючи в інтересах фермерського господарства «Агрофірма «Базис», підбурювали ОСОБУ_7 до надання неправомірної вигоди в сумі 15000 доларів США в.о. начальника Головного управління Держгеокадастру в Черкаській області ОСОБА_8, за видачу ним наказу щодо продовження строку оренди земельних ділянок. Згодом ОСОБА_6 отримав від ОСОБА_7, 15000 доларів США для подальшої передачі їх ОСОБА_8.

Суд обґрунтував виправдувальний вирок таким чином.

Надаючи оцінку доказам, наданим прокурором на підтвердження вини обвинувачених, судом встановлено, що саме свідок ОСОБА_7 перший звертався як до ОСОБА_5, так і до ОСОБА_6 з проханням допомогти в оформленні документів на продовження до 15 років строку оренди земельних ділянок державної форми власності, які орендує фермерське господарство «Агрофірма «Базис».

Крім заяви ОСОБА_7, стороною обвинувачення не надано жодних доказів, які б підтверджували наявність у правоохоронних органів конкретних та об'єктивних підстав вважати, що як ОСОБА_5, так і ОСОБА_6 задіяні у корупційних схемах.

Заява ОСОБА_7 до правоохоронних органів оформлена у формі протоколу про її прийняття, обставини викладені друкованим текстом, що вказує на процес написання тексту заяви працівниками правоохоронних органів. Наведені обставини, у поєднанні із показаннями свідка ОСОБА_7, про те, що він має активну громадську позицію та раніше неодноразово залучався працівниками правоохоронних органів до подібних процесуальних дій, дають суду підстави вважати, що свідок ОСОБА_7 є агентом правоохоронних органів та систематично виконує їх доручення.

Проте, відповідно до рішення ЄСПЛ у справі «*Веселов та інші проти Росії*», «якщо доказ є результатом негласної операції, то органи влади повинні бути готовими продемонструвати, що у них були обґрунтовані причини для організації негласної операції». Наявність конкретних та об'єктивних підстав є обов'язковою умовою для здійснення негласних операцій. При постановленні рішення у справі «*Ванян проти Росії*», ЄСПЛ констатував порушення п. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що в цій справі мав місце факт оперативної закупівлі внаслідок підбурювання. Хоча відповідний оперативно-розшуковий захід провела приватна особа під прикриттям, однак організували та контролювали його здійснення правоохоронні органи. Постановляючи рішення у справі «*Тейксейра де Кастро проти Португалії*», ЄСПЛ дійшов висновку, що працівники поліції не обмежилися «пасивним розслідуванням протиправної діяльності п. Тейксейра де Кастро, а вплинули на нього, підбуривши до вчинення злочину» (п. 39).

Аналогічні обставини встановлені під час проведення судового розгляду кримінального провадження щодо ОСОБА_5 та ОСОБА_6: агент поліції ОСОБА_7 повинен був спровокувати будь-кого із працівників ГУ Держгеокадастру в Черкаській області до вчинення дій, що мають ознаки злочину, передбаченого ст. 369.

Судом також встановлено, що ухвалою слідчого судді Придніпровського районного суду м. Черкаси від 21 жовтня 2015 р. надано дозвіл на проведення обшуку у житлі ОСОБА_6 за адресою

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68383908

АДРЕСА_3, проте дозволу на проведення обшуку в інших приміщеннях, зокрема гаражному, за вказаною адресою, слідчим суддею не надавалось.

Надаючи визначення процесуальній дії, що відбулась 21 жовтня 2015 р., суд вважає безпідставними твердження прокурора, про те, що така дія є не обшуком, а оглядом місця події. Так, під час відповідної процесуальної дії слідчий пройшов у приміщення гаражу, здійснив відшукання полімерного пакету з імітаційними засобами, зовні схожими на банкноти доларів США, у тому місці, на яке раніше вказав ОСОБА_7, після чого з'ясовував у ОСОБА_6, чи не перебувають у відповідному приміщенні будь-які речовини та предмети, обіг яких заборонено законом, тобто фактично було здійснено обшук відповідного приміщення. Крім того, відповідно до вимог ч. 2 ст. 237 КПК України, огляд житла чи іншого володіння особи, здійснюється згідно з правилами, передбаченими законом для обшуку.

Надаючи оцінку допустимості відповідного доказу, суд застосовує концепцію ЄСПЛ «плодів отруєного дерева», тобто оцінку допустимості всього ланцюжка доказів, що базуються один за іншим, а не кожного окремого доказу автономно. Суд вважає, що як сам протокол огляду місця події, так і докази, які вилучені під час його проведення, так само як і висновки експерта, здійснені за результатами дослідження відповідних доказів, є недопустимими доказами, оскільки процедура отримання таких доказів була проведена із порушенням вимог Закону;

4) ***Подільського районного суду міста Києва від 23 липня 2018 р.***[1]

Згідно з обвинувальним актом, ОСОБА_1 звернувся до слідчого ОСОБА_4 і прокурора ОСОБА_5, та запропонував їм неправомірну вигоду у розмірі від 8 (восьми) до 15 (п'ятнадцяти) тисяч доларів США за не фіксування у протоколі обшуку та не вилучення грошових коштів у сумі 365 819 доларів США, які ОСОБА_4 та ОСОБА_5 повинні були та мали право вилучити у його квартирі.

Далі суд послався на рішення ЄСПЛ, в яких йшлося про випадки провокації до вчинення злочину з боку правоохоронних органів та вказано, що це є прямим порушенням права особи на справедливий судовий розгляд та призводить до недопустимості використання інформації, здобутої внаслідок такої провокації: рішення ЄСПЛ у справах «*Раманаускас проти Литви*» (§55), «*Тейксейра де Кастро проти Португалії*» (§§ 37–39).

Водночас, судом зазначено, що хоча ЄСПЛ у справі «*Юрофінаком» проти Франції*» також керувався зазначеними принципами, проте дійшов висновку, що висловлення працівниками поліції пропозицій щодо надання їм послуг, пов'язаних з проституцією, не було підбуренням компанії-заявника до вчинення злочину (отримання аморальних прибутків), оскільки на момент висловлення таких пропозицій поліція вже володіла інформацією про те, що послугою компанії-заявника з передання даних користувалися особи, які займалися проституцією, для контактів з потенційними клієнтами.

Так само і в рішенні в справі «*Секейра проти Португалії*» ЄСПЛ зазначив, що поліція не вдалася до підбурювання: «У цій справі національні суди встановили, що А. та С. стали співпрацювати з відділом із розслідування злочинів тоді, коли заявник вже вийшов на контакт із А. з приводу організації постачання партії кокаїну в Португалію. Крім того, з цього часу відділ з розслідування злочинів координував дії А. та С., а прокуратура отримала повідомлення про операцію. Органи державної влади мали всі підстави підозрювати заявника в намірі здійснити постачання наркотиків. Через такі обставини ця справа відрізняється від справи «*Тейксейра де Кастро проти Португалії*», і ці обставини також підтверджують, що А. та С. не можуть вважатися провокаторами. Національні суди правильно зазначили, що як і в у справі «*Люді проти Швейцарії*» (рішення від 15 червня 1992 р.), їхні дії не вийшли за межі функцій негласних агентів».

Таким чином, закріплений в національному та міжнародному законодавстві правовий механізм визнання недопустимими отриманих фактичних даних у разі здійснення провокації до вчинення злочину забезпечує право кожного на справедливий суд.

Під час розгляду цього кримінального провадження не було встановлено об'єктивних доказів, які б спростували обґрунтовані сумніви у тому, що:

- до початку дій ОСОБА_1, описаних в обвинувальному акті, не існувало розмови зі співробітником правоохоронного органу про необхідність надання останнім за не вчинення певних дій грошових коштів в розмірі 10-20 відсотків від суми коштів, що перебували на зберіганні; працівники

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75473491

правоохоронних органів кілька разів відлучались з ОСОБА_1 з місця проведення обшуку і ці події у повному обсязі не фіксувались;

- подальші дії обвинуваченого були здійснені не внаслідок вказаного підбурювання;

- умисел на вчинення інкримінованого обвинуваченому злочину виник саме з власної ініціативи ОСОБА_1, а не внаслідок здійснення провокаційних дій з боку працівників правоохоронного органу;

- працівники правоохоронного органу обмежились лише пасивним спостереженням за злочинною поведінкою ОСОБА_1.

Як вбачається з показань обвинуваченого ОСОБА_1, розмові з працівниками правоохоронних органів, яка в подальшому стала приводом для його кримінального переслідування, передувала розмова з іншим співробітником правоохоронного органу про необхідність з його боку надати грошові кошти в розмірі 10-20 відсотків від тієї суми грошових коштів, які перебували у нього в квартирі на зберіганні.

Згідно з показаннями свідків, обвинувачений ОСОБА_1 під час проведення обшуку дійсно декілька разів відлучався з тієї кімнати, де відбувалась безпосередньо слідча дія, при цьому обов'язково у супроводі працівника правоохоронного органу та перебував там певний час.

Безпосередньо переглянувши та прослухавши в судовому засіданні надані стороною обвинувачення файли «IMG_4269. MOV», «IMG_4273. MOV» та «IMG_4277. MOV», судом не встановлено фактичних обставин, які поза розумним сумнівом спростовують доводи обвинуваченого ОСОБА_1 про те, що мала місце провокація вчинення злочину. Із вищевказаних відеозаписів вбачається, що вони мають вибірковий характер, а тому неможливо встановити, від кого вперше вийшла ініціатива розмови про передачу коштів;

5) ***Володарського районного суду Донецької області від 11 липня 2018 р.***[1]

ОСОБА_1 обвинувачувалась у тому, що передала голові Нікольської селищної ради Донецької області ОСОБА_3 за підписання довідки «Про вартість виконаних будівельних робіт та витрати» як неправомірної вигоди 15000 грн.

Згідно з вироком суду, у випадку, коли підсудний заявляє про підбурювання його до вчинення злочину, суд повинен ретельно перевірити матеріали кримінальної справи, оскільки з метою забезпечення права на справедливий судовий розгляд справи в розумінні п.1 ст. 6 Конвенції всі докази, отримані внаслідок підбурювання з боку поліції, мають визнаватися недопустимими. Суд послався, зокрема, на рішення ЄСПЛ у справах «*Романаускас проти Литви*» (пункти 55, 60 і 70).

З огляду на це судом досліджені обставини порушення провадження і встановлено, що негласні слідчі дії розпочались ще до реєстрації заяви про кримінальне правопорушення в ЄРДР.

Встановлені обставини щодо особистого знайомства головного свідка – заявника у справі ОСОБА_3 з працівником УЗЕ в Донецькій області ДЗЕ НП України, підтримання з ним дружніх стосунків та надання останньому інформації щодо неспроможності ОСОБА_1 реалізувати проект з реконструкції та модернізації свердловин в смт. Нікольське, ще навіть до укладення договору підряду, свідчить не інакше як про наявність взаємовідносин між ОСОБА_3 та правоохоронними органами, а тому не виключає співпрацю з ними на регулярній основі, не випадковість його участі у негласній операції, наявність прихованих мотивів (п. 37-41 рішення ЄСПЛ у справі «*Малінінас проти Литви*»).

Аналізуючи «пасивність дій» у кримінальному провадженні, ЄСПЛ також відзначав, що «негласні операції повинні проводитися пасивним шляхом за відсутності тиску на заявника для вчинення ним злочину за рахунок таких засобів, як прийняття на себе ініціативи в контактах із заявником, наполегливе спонукання, обіцянку фінансової вигоди або звернення до почуття жалю заявника» (п. 54 рішення у справі «*Носко і Нефедов проти Росії*»). Важливе значення мають ініціатива у зв'язку з обвинуваченим, оновлення пропозиції, настійне спонукання (п. 47 рішення у справі «*Баннікова проти Росії*»).

На підтвердження ініціативи ОСОБА_1 в наданні неправомірної вигоди ОСОБА_3 за підписання акту виконаних робіт без фактичного їх виконання, стороною обвинувачення надано заяву ОСОБА_3 про притягнення ОСОБА_1 до кримінальної відповідальності та пояснення ОСОБА_3 як свідка. Будь-яких інших доказів, які б вказували на цю обставину, не здобуто навіть під час здійснення щодо ОСОБА_1 негласних слідчих дій.

В судовому засіданні обвинувачений ОСОБА_1 стверджував, що з самого початку ініціатива в

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75245083

наданні неправомірної вигоди ОСОБА_3 виходила від останнього, суму в 50000 грн. також називав ОСОБА_3. Вказана обставина підтверджується поясненнями свідка ОСОБА_37.

ОСОБА_1 не заперечував, що сам телефонував ОСОБА_3, призначав зустріч і нагадував «про свій інтерес».

Перевіряючи, чи було розслідування «суто пасивним», суд встановив: ніщо в матеріалах справи та доводах, наданих стороною обвинувачення, не вказує на те, що обвинувачений мав судимість або що національні органи мали будь-які підстави підозрювати його у будь-якій попередній злочинній діяльності. Саме такі обставини при визначенні існування провокації врахував ЄСПЛ у справі «*Таранекс проти Латвії*» (п. 61-65).

Наведені факти в своїй сукупності доповнюють один одного і є свідченням того, що злочин міг би бути і не вчиненим ОСОБА_1 без поведінки ОСОБА_3, а така провокація злочину виключає кримінальну відповідальність та є підставою для визнання доказів, отриманих внаслідок провокації, недопустимими.

* * *

Незважаючи на наведені приклади, засуджених за вчинення злочину, передбаченого ст. 370, в 2016–2018 роках в Україні не було. В окремих випадках порушення таких проваджень мало місце їх необґрунтоване закриття. Наприклад, ухвалою від 7 травня 2018 р. Апеляційний суд Рівненської області скасував ухвалу слідчого судді Рівненського міського суду від 16 квітня 2018 р. про відмову ОСОБА_2 у задоволенні його скарги на постанову заступника начальника відділення ГУНП в Рівненській області про закриття кримінального провадження за ч. 2 ст. 370, а матеріали кримінального провадження направив слідчому для проведення досудового розслідування[1].

* * *

Верховний Суд колегією суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду 6 березня 2018 р. прийняв постанову,[2] в якій розглянув касаційну скаргу засудженого ОСОБА_1 на вирок Шевченківського районного суду м. Чернівці від 23 вересня 2016 р. та ухвалу Апеляційного суду Чернівецької області від 9 лютого 2017 р. щодо ОСОБА_1 за обвинуваченням його у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 369-2, ч. 4 ст. 27, ч. 3 ст. 369, ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 15 і ч. 3 ст. 369.

У касаційній скарзі засуджений посилається на провокацію з боку правоохоронних органів та зазначає, що докази отримані внаслідок істотного порушення права людини на справедливий судовий розгляд.

Суд прийшов до висновку, що **факт провокації злочину не знайшов свого підтвердження**, оскільки:

- ініціатором протизаконних дій був саме ОСОБА_1;

- в матеріалах кримінального провадження відсутні ознаки спонукання до вчинення злочину ОСОБА_1, а в суду наявні всі можливості перевірити такі твердження засудженого, що і стало предметом перегляду у суді апеляційної інстанції, який для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів скористався критеріями, розробленими ЄСПЛ: змістовним – наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, і процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням рівності змагальності та рівності сторін.

* * *

Мали місце й інші приклади і того, як суди не погоджувались з посиланнями підсудних на нібито провокацію підкупу стосовно них.

Так, вироком ***Глухівського міськрайонного суду Сумської області*** від 28 вересня 2018 р.[3] ОСОБА_6 визнана винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 15 і ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 369.

ОСОБА_6 обвинувачувалась у тому, що, маючи намір шахрайським шляхом заволодіти грошовими коштами ОСОБА_5, обрала, як спосіб заволодіння – підбурення до надання неправомірної вигоди головному лікарю Глухівської ЦРЛ ОСОБА_8. У свою чергу ОСОБА_9, яка діяла на користь

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73861711

[2] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72670494

[3] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76792196

ОСОБА_5, будучи схиленою ОСОБА_6 до передачі неправомірної вигоди та передаючи їй імітаційні грошові кошти в сумі 1400 доларів США та справжні грошові кошти в сумі 100 доларів США, вважала, що вони будуть передані головному лікарю Глухівської ЦРЛ ОСОБА_8 як неправомірна вигода. Тобто ОСОБА_6 підбурила ОСОБА_9 до закінченого замаху на давання неправомірної вигоди у розмірі 1500 доларів США головному лікарю Глухівської ЦРЛ ОСОБА_8 як службовій особі.

Суд критично розцінив твердження сторони захисту про те, що у цій ситуації відбулась провокація злочину, а ОСОБА_9, будучи агентом правоохоронних органів, вийшла за межі пасивної поведінки.

ЄСПЛ у пунктах 33-50 рішення у справі «*Баннікова проти Росії*», як і в інших своїх рішеннях, неодноразово зазначав, що для того щоб відмежувати провокацію від допустимої поведінки, існують два критерії: матеріальний і процесуальний.

В рамках перевірки матеріального критерію провокації необхідно встановити, чи міг бути відповідний злочин скоєний без втручання влади, тобто чи мали місце об'єктивні підозри в тому, що особа задіяна в злочинну діяльність або схильна до скоєння злочину. Процесуальний критерій вказує на те, що ст. 6 Конвенції буде дотримана тільки в разі, якщо заявник зміг ефективно підняти питання про підбурювання під час розгляду його справи, як за допомогою заперечень, так і в інший спосіб. Обов'язок довести відсутність підбурювання покладається на сторону обвинувачення, за умови, що заяви захисту не є повністю неправдоподібними. У разі встановлення, що підбурювання мало місце, судові органи повинні зробити висновки відповідно до Конвенції.

Тобто спочатку саме обвинувачений повинен захиститися від провокації. Це можуть бути його свідчення, що вказують на наявність ознак провокації і які звучать досить переконливо. Лише потім тягар доведення відсутності провокації покладається на сторону обвинувачення (п. 70 рішення ЄСПЛ у справі «*Раманаускас проти Литви*»).

З матеріалів справи вбачається, що кримінальне провадження було відкрито на підставі заяв ОСОБА_9 та ОСОБА_5, поданих ними до правоохоронних органів. При цьому до якого правоохоронного органу подавати заяву, заявники вибрали самостійно, що підтверджується їхніми показами, наданими в судовому засіданні. Сам зміст розмов між обвинуваченою та свідком ОСОБА_9, який був досліджений судом, свідчить про те, що до вчинення злочину обвинувачену ніхто не схиляв. Тому фактично немає причин вважати, що ОСОБА_9, коли з самого спочатку зв'язалась з обвинуваченою, діяла як агент держави, за вказівкою органів поліції чи прокуратури, або іншим чином під їх контролем, або що у неї були якісь приховані мотиви.

Отже, ця справа не має стосунку до таємних агентів поліції, а скоріше має відношення до дій приватної особи, що діє під наглядом поліції.

З досліджених судом матеріалів, наданих стороною захисту, а саме роздруківок телефонних з'єднань між ОСОБА_6 та ОСОБА_9 не вбачається, що ОСОБА_9 вийшла за межі пасивної поведінки та схиляла обвинувачену до вчинення злочину. При цьому в матеріалах справи відсутні дані про те, що працівники правоохоронних органів не обмежились пасивним розслідуванням виключно з метою встановлення злочину, а впливали на ОСОБА_6, схиляючи її до вчинення злочину.

Щодо посилання сторони захисту на попередню кваліфікацію органом досудового розслідування дій ОСОБА_6 за тяжким злочином – для можливості отримання дозволу суду на проведення негласних слідчих дій (йдеться про зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж за номером телефону, який використовувала ОСОБА_6), то це не свідчить про провокацію злочину зі сторони правоохоронних органів.

Суб'єкт і суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктом провокації підкупу може бути тільки службова особа. Її поняття визначене у статтях 18, 364.

З суб'єктивної сторони злочин характеризується прямим умислом. Винна особа усвідомлює, що її дії носять провокаційний характер стосовно іншої особи, яку вона провокує на вчинення підкупу, і бажає вчинити такі дії. **Метою** злочину є викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав неправомірну вигоду.

Кваліфікуючою ознакою провокації підкупу є вчинення його службовою особою правоохоронного органу (див. коментар до ст. 365).

6.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 370 КК
(В. Луцик)

Загальні положення.

Боротьба зі злочинами корупційної спрямованості є одним з пріоритетних напрямків діяльності правоохоронних органів. Однак в окремих випадках суб'єкти виявлення ознак корупційних злочинів, захоплюючись популістськими закликами або маючи інші особисті мотиви, дещо спотворюють реальну картину події, створюючи штучні ознаки винуватості службової особи. Подібні дії можуть бути обумовлені прагненням за всяку ціну збільшити показники розкриття злочинів корупційної спрямованості, що свідчить про недостатню кваліфікацію, професійну некомпетентність таких співробітників. Практиці виявлення цього злочину відомі і такі мотиви, як помста, користь, марнославство, дискредитація висококваліфікованих співробітників, кар'єризм.

Сумнівними з точки зору законності та професійної етики можна назвати активні дії співробітників правоохоронних органів під час проведення заходів щодо особи, у якої відсутня готовність на вчинення злочину, а значить, відсутній умисел, і яка не висловлювала згоду на отримання підкупу.

Але найбільшу очевидність провокаційні дії набувають у випадках підкидання предмета підкупу, непомітного поміщення його в стіл, шафу, інші предмети інтер'єру, одяг, сумку, теку з документами тощо. У таких ситуаціях в особи, щодо якої здійснюється провокація, взагалі немає вибору варіантів поведінки, і вона змушена взяти участь в наступному сценарії з «вилученням предмета підкупу».

Різновидами названої групи провокаційних дій також є: залишення грошей в кабінеті керівника, який відмовився їх отримати як незаконну вигоду; створення видимості прийняття службовою особою послуг майнового характеру; заниження без відома службової особи розцінок на ремонт його квартири чи будівництво будинку, гаражу; реєстрація нерухомості на ім'я службової особи без її згоди; перерахування грошових коштів на рахунок службової особи без її волевиявлення.

Розглянемо типові ситуації, які виникають під час розслідування провокації підкупу.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

Можна виділити наступні типові слідчі ситуації на початковому етапі досудового розслідування у кримінальних провадженнях щодо провокації підкупу:

1. Відомості про провокацію підкупу отримані шляхом проведення оперативно-розшукових заходів.

Отримання інформації про провокацію підкупу засобами оперативно-розшукової діяльності є найбільш ефективним способом розслідування цієї категорії справ. Після надходження заяви про провокацію підкупу оперативно-розшукові підрозділи заводять оперативно-розшукову справу та проводять необхідні оперативно-розшукові заходи. Найбільш доцільно проводити **зняття інформації** з транспортних телекомунікаційних мереж (залежно від способу, яким комунікують особи, зняття інформації з мережі Інтернет або мобільних чи стаціонарних мереж зв'язку), контроль за вчиненням злочину у формах **імітування обстановки вчинення злочину** і **спеціального слідчого експерименту**, **спостереження** за особою чи місцем.

З метою подальшого використання у доказуванні важливе значення має правильно оформлення **використання конфіденційного співробітництва** громадян[1].

Законодавець закріплює норму, що конфіденційне співробітництво є свого роду допомогою слідчому, яка надана йому у вигляді певних відомостей, які він може використати у процесі проведення НСРД. Ці відомості можуть бути залучені у кримінальне провадження як докази лише шляхом **допиту** особи, яка залучена до такого співробітництва. Законодавець передбачив дві форми (напрямки) використання конфіденційного співробітництва. Перша полягає у використанні слідчим інформації, здобутої внаслідок конфіденційного співробітництва. Це може бути інформація від оперативного працівника, яка має значення для встановлення обставин конкретного кримінального провадження. Друга форма пов'язана із залученням певного кола осіб до проведення НСРД. Це випливає з положення ч. 6 ст. 246 КПК, згідно з якою до проведення НСРД за рішенням слідчого, прокурора можуть залучатися також інші особи.

---

[1] Конфіденційне співробітництво за своєю природою не є НСРД. Це випливає з положень ст. 246 КПК, проте закріплення відповідної норми у §3 Глави 21 КПК «Інші види негласних слідчих (розшукових) дій» вказує на недосконалість законодавчої техніки та створює підґрунтя для визнання окремими науковцями такого співробітництва НСРД.

При проведенні ОРД та НСРД мають місце три види оформлення такої співпраці: 1) усна домовленість (застосовується, коли отримання згоди про співробітництво у письмовій формі неможливо або недоречно); 2) розписка (підписка про співпрацю) як акт одностороннього волевиявлення громадянина; 3) контракт.

Контракт дозволяє детально визначити та закріпити взаємовідносини сторін, умови та види співробітництва. Перелік умов, що мають бути закріплені в контракті, визначається індивідуально і залежить від характеру виконуваної роботи, особистих і ділових якостей особи, яка приймає зобов'язання сприяти органам досудового розслідування, його реальних можливостей брати участь в певних заходах. В контракті можуть передбачатися особливі умови, пов'язані з результатами участі у проведенні негласної слідчої (розшукової) дії, у т.ч. по збереженню інформації, що становлять державну таємницю. Контрактом можуть встановлюватися вимоги до конфідента, наприклад, пов'язані з обмеженням його права виїзду за кордон у межах встановленого терміну після закінчення дії контракту. Контракт в цілях забезпечення конспірації складається в одному примірнику і зберігається відповідно до відомчих наказів та інструкцій в умовах секретності.

З метою унеможливлення подальшого визнання отриманих доказів недопустимими рекомендується завжди укладати контракт із громадянином, який буде залучений до проведення ОРД та НСРД.

Фактичне затримання особи, яка вчинила провокацію, здійснюється працівниками оперативних підрозділів. Однак, затримання «на гарячому» можливе тільки в разі присутності особи, яка вчинила провокацію при передачі коштів або інших матеріальних цінностей. Цей різновид провокації поєднується з негайною фіксацією сфабрикованої слідової картини, що імітує одержання неправомірної вигоди. У зв'язку з цим затримання особи «на гарячому», безумовно, полегшить процес доказування щодо встановлення її вини.

Злочин, передбачений ст. 370, може бути вчинено і за відсутності особи, яку провокують. Приклади: негласне залишення коштів на робочому місці, в транспортному засобі або в іншому місці постійного перебування особи, яку провокують; проведення будівельних, ремонтних та інших робіт в будівлі, приміщенні, що належить особі, яку провокують, або її родичам; передача під надуманим приводом грошових коштів, інших матеріальних цінностей родичам або близьким особам; заниження вартості матеріальних цінностей, які офіційно передаються особі, всупереч наявним між сторонами договірним зобов'язанням; видача банківського кредиту на вигідних для особи, яку провокують, умовах; перерахування грошових коштів (у т.ч. в підвищеному розмірі) на рахунки особи, яку провокують; неузгоджене з цією особою заниження вартості робіт або послуг за цивільно-правовими договорами.

В рамках цієї ситуації доцільно провести **допит** заявника, під час якого з'ясувати:

- місце роботи заявника, його посаду, час призначення на посаду, обсяг функціональних обов'язків;
- дії (бездіяльність), до вчинення яких його схиляли;
- обставини знайомства з особою, яка здійснювала провокацію, характер відносин між ними;
- місце, час, спосіб та інші обставини вчинення провокації;
- відомості про предмет провокації.

Після проведення допиту заявника, доцільно провести **комплекс НСРД,** спрямованих на встановлення кола підозрюваних осіб, їх мотивів, способів передачі предмета незаконної вигоди. До таких НСРД можна віднести зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, контроль за вчиненням злочину у формах імітування обстановки вчинення злочину і спеціального слідчого експерименту, спостереження за особою чи місцем, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу.

Під час **огляду місця події** – службового кабінету потрібно встановити, де саме знаходилися особи під час провокаційних дій, яким чином передавалися кошти чи інші матеріальні цінності, за можливості вилучити їх та долучити до протоколу огляду. Також вилученню підлягають документи, які були предметом домовленостей про вчинення з ними певних незаконних дій чи пришвидшення вчинення законних дій.

Після встановлення особи підозрюваного прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить допит підозрюваного. Під час допиту підозрюваного доцільно з'ясувати:

- обставини знайомства з потерпілим, характер їх взаємовідносин;
- мотиви злочинної поведінки;
- коли і в зв'язку з чим виник умисел на вчинення злочину;
- в чиїх інтересах він діяв;
- джерело грошових коштів або іншого майна, що підлягало передачі потерпілому, предмет провокації підкупу;
- час, місце і конкретні обставини вчинення злочину;
- чи давало безпосереднє керівництво вказівки щодо здійснення провокації.

Якщо злочин скоєно в співучасті (із залученням посередників), то потрібно також з'ясувати:
- обставини знайомства з посередником, характер взаємин;
- час і місце зустрічей, зміст розмов;
- чи вчинявся на посередника психологічний або фізичний вплив;
- щодо яких обставин провокації був обізнаний посередник.

При допиті посередника в провокації підкупу рекомендується встановити:
- обставини знайомства з потерпілим та підозрюваним, характер взаємин;
- час і місце, обставини зустрічей з підозрюваним, докладний зміст розмов, в яких останній пояснював необхідність вчинення злочину, обіцяв (передавав) вигоду, давав поради і вказівки щодо безпосереднього здійснення провокаційних дій;
- чи був психологічний або фізичний вплив з боку ініціатора провокації;
- відомості про предмет провокації підкупу, а також час, місце і обставини вчинення злочину.

В якості свідків допитують осіб:
- які перебували в приміщенні, де вчинено злочин або в безпосередній близькості від місця його вчинення (наприклад, вахтери, співробітники охорони, відвідувачі, що чекали в приймальні та ін.);
- які надавали допомогу в зборі певної суми грошових коштів, наданні послуг (за умови, що вони були обізнані про злочинну діяльність);
- яким потерпілий розповідав про обставини, у зв'язку з якими було здійснено спробу передати йому предмет підкупу;
- яким підозрюваний повідомляв про намір вчинити злочин, або про обставини його вчинення;
- які брали участь в проведенні спеціального слідчого експерименту.

У кримінальних провадженнях цієї категорії можуть бути призначені такі види **експертиз:**
- дактилоскопічна – для виявлення та ідентифікації слідів рук (у т.ч. на предметі провокації підкупу) підозрюваного чи інших осіб;
- почеркознавча – для дослідження та ідентифікації почерку або підпису в документах, які становлять інтерес для слідчого (договорах, довідках, розписках, платіжних відомостях, товарних накладних тощо);
- авторознавча – для дослідження тексту документа, в якому знайшли своє відображення схиляння, підбурювання, спонукання до отримання підкупу з метою встановлення автора тексту;
- фоноскопічна – для ідентифікації та діагностики особи за голосом, вимовою, для виявлення ознак монтажу фонограми, визначення умов, обставин, засобів і матеріалів звукозапису;
- товарознавча – для встановлення ринкової ціни і вартості предмета провокації підкупу (за винятком грошових коштів та валютних цінностей) з урахуванням змін товарних властивостей при його експлуатації;
- фінансово-економічна, бухгалтерська – для дослідження питання про використання підозрюваним економічних і господарських ресурсів підприємства, установи, організації з метою перерахування (передачі) вивільнених фінансових коштів потерпілому.

З урахуванням конкретних обставин також можуть призначатися інші види експертиз (судово-хімічні, психологічні, психіатричні, трасологічні).

2. Кримінальне провадження розпочате за результатами розгляду заяви (повідомлення) потерпілого або інших осіб.

У цій слідчій ситуації слідчий на початковому етапі має певну інформацію від заявника (заяву, записи з камери мобільного телефону, диктофонний запис), яку необхідно перевірити доступними йому кримінальними процесуальними засобами.

Під час допиту заявника потрібно детально встановити, хто здійснював проти нього провокацію

(опис зовнішності особи, відомі заявнику анкетні дані), за вчинення яких дій пропонувалася незаконна вигода, що було предметом незаконної вигоди, на чию користь необхідно було вчинити дії.

Слідчому потрібно враховувати, що всі дії по спотворенню фактичних даних при проведенні спеціального слідчого експерименту при виявленні фактів отримання незаконної вигоди і залежно від обсягу спотворення всі фактичні дані умовно можна розділити на: а) частково інсценовані; б) повністю інсценовані.

В основі **частково інсценованих** фактичних даних лежать достовірні факти, взяті з контексту дій (висловлювань) підозрюваної особи або їх доповнення перекрученими відомостями. До числа таких дій відносяться, наприклад:

- одностороння фіксація на оперативно-технічні засоби тільки тих переговорів і слів, які згодом можуть використовуватися для викриття особи;

- пропозиції особі взяти в руки конверт з грошовими купюрами, попередньо оброблений спеціальними хімічними речовинами, з метою штучного створення слідів протиправної діяльності.

Згодом для надання більшої правдоподібності цим діям, зафіксованим засобами ОРД чи НСРД, висловлювання або дії особи кваліфікуються як факт отримання неправомірної вигоди.

Повністю інсценовані фактичні дані припускають створення обстановки, що дозволяє в подальшому відтворити спотворені відомості про факт отримання підкупу шляхом штучного підлаштування ситуації. Цей спосіб найбільш часто може зустрічатися при провокації підкупу, тому що не вимагає від суб'єктів його здійснення високих професійних якостей і передбачає найменші зусилля по його підготовці. Для його реалізації можуть вдаватися до наступних протиправних дій:

- непомітне підкладання предмета підкупу в кишеню, стіл службової особи з метою подальшого її затримання на місці злочину;

- залишення предмета підкупу без відома службової особи в її службовому кабінеті, автомобілі тощо;

- реєстрація нерухомості на ім'я службової особи без її попередньої згоди;

- перерахування всупереч волі службової особи грошових коштів на її особовий рахунок, мобільний телефон, рахунки родичів тощо.

У цій слідчій ситуації допит особи, яка здійснює провокацію (її співучасників) доцільно проводити, коли зібрані достатні докази, що підтверджують її вину у вчиненні злочину. Поспішність у проведенні допиту може призвести до того, що особами, які планують здійснити провокацію, буде вжито заходів до приховування злочинного діяння, маскування своєї злочинної діяльності, що в свою чергу суттєво ускладнить або зробить неможливим процес доказування.

До **допиту** свідків також слід підходити виважено і диференційовано, залежно від конкретної ситуації. Так, якщо свідок і підозрюваний знаходяться в певних відносинах (дружніх, влади-підпорядкування тощо), допит доцільно проводити після того, як будуть зібрані докази, що підтверджують вину підозрюваного. З метою недопущення негативного впливу на свідка з боку зацікавлених у справі осіб доцільно використовувати фактор раптовості і допитати такого свідка ще до спілкування з ним підозрюваного або інших суб'єктів. Однак, якщо свідок за своїми моральними і вольовим якостями або з інших об'єктивних обставин не схильний до впливу з боку третіх осіб, не зацікавлений в результаті справи, черговість і час його допиту не мають істотного значення.

Після встановлення особи підозрюваного прокурор або слідчий за дорученням прокурора вручає особі повідомлення про підозру та проводить допит підозрюваного. Під час допиту потрібно встановити час та спосіб вчинення злочину, мотиви особи, наявність співучасників, за вчинення яких дій пропонувалася незаконна вигода, що було предметом незаконної вигоди.

Надалі слідчий проводить відкриття матеріалів кримінального провадження, складає обвинувальний акт або клопотання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності і направляє матеріали кримінального провадження прокурору.

Розділ 7.

ОКРЕМІ КОРУПЦІЙНІ ТА ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ ЗЛОЧИНИ, ПІДСЛІДНІ ОРГАНАМ ДЕРЖАВНОГО БЮРО РОЗСЛІДУВАНЬ АБО НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ

7.1. Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації (ст. 159-1 КК) *(К. Задоя)*

Нормативно-правову базу фінансування політичних партій та виборчих кампаній та кампаній з проведення референдуму складають положення: 1) Закону «Про політичні партії в Україні» (розділи IV та IV-1); 2) Закону «Про вибори Президента України (розділ VI); 3) Закону «Про вибори народних депутатів України» (розділ VI); 4) Закону «Про місцеві вибори» (розділ X); 5) Закону «Про всеукраїнський референдум» (розділ VI); 6) нормативно-правові акти НАЗК.

Ці акти визначають законні джерела фінансування політичних партій, виборчих кампаній, кампаній з проведення референдуму, а також відповідні повноваження й обов'язки держави та учасників політичного процесу.

Порядок агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму чинним законодавством не урегульований через відсутність законодавства щодо проведення місцевих та всеукраїнських референдумів. З набранням чинності 28 листопада 2012 р. Законом «Про всеукраїнський референдум» було скасовано Закон «Про всеукраїнський та місцевий референдуми». Відтоді законодавство України не передбачає порядку проведення місцевих референдумів. 26 квітня 2018 р. рішенням КС №4-р/2018 у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» цей законодавчий акт було визнано таким, що не відповідає Конституції України. Таким чином, в частині відповідальності за порушення порядку фінансування агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму положення ст. 159-1 нині є фактично «мертвими».

Види злочинів, передбачених ст. 159-1 КК.

У ст. 159-1 передбачено кримінальну відповідальність за кілька окремих типів поведінки, які умовно та узагальнено можна охарактеризувати таким чином:

1) подання завідомо недостовірних відомостей у звітності щодо фінансування політичної партії або виборчої кампанії (частини 1, 3);

2) незаконне здійснення внеску на підтримку політичної партії або надання фінансової (матеріальної) підтримки виборчій кампанії або кампанії з проведення всеукраїнського чи місцевого референдуму (частини 2–4);

3) незаконне отримання внеску на користь політичної партії або фінансової (матеріальної) підтримки виборчої кампанії або кампанії з проведення всеукраїнського чи місцевого референдуму (частини 2–4).

Особливості змісту ст. 159-1 визначають нестандартне співвідношення між складами злочинів. Так, склади злочинів, передбачені частинами 1 і 2 ст. 159-1, слід розглядати як самостійні (окремі) один відносного іншого; склад злочину, передбачений ч. 3 ст. 159-1, є кваліфікованим щодо складів, передбачених частинами 2 і 3; склад злочину, передбачений ч. 4 ст. 159-1, є особливо кваліфікованим щодо складу злочину, передбаченого частиною 2 цієї статті.

Предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1 КК.

Предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1, є ***відомості***:

1) у звіті партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру – щодо переліку таких відомостей див. ч. 9 ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні»;

2) у фінансовому звіті про надходження та використання коштів виборчого фонду партії – щодо переліку таких відомостей див. ч. 8 ст. 49 Закону «Про вибори народних депутатів України»;

3) у фінансовому звіті місцевої організації партії – щодо переліку таких відомостей див. ч. 7 ст. 71 Закону «Про місцеві вибори»;

4) у фінансовому звіті кандидата на виборах – див. залежно від виду виборів, відповідно, ч. 7 ст. 42 Закону «Про вибори Президента України», ч. 8 ст. 49 Закону «Про вибори народних депутатів України», ч. 7 ст. 71 Закону «Про місцеві вибори».

У виборчому законодавстві розрізняються: поточні та накопичувальні рахунки виборчих фондів кандидата в Президенти України, партії, місцевої організації партії. Обов'язок складати фінансовий звіт щодо надходжень та використання коштів покладається на розпорядника таких рахунків, а тому предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1, можуть бути відомості в звіті щодо використання як поточного, так і накопичувального рахунків.

Крім того, виборчі закони передбачають подання відповідними розпорядниками попередніх та остаточних фінансових звітів у строки, визначені законодавством. У ч. 1 ст. 159-1 відсутні спеціальні застереження, а тому вона поширюється як на відомості, що містяться й у попередньому, і в остаточному фінансових звітах.

Від фінансового звіту партії про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру, який вона подає до НАЗК, слід відрізняти звіти, які складаються за підсумками щорічного внутрішньопартійного фінансового контролю (ч. 2 ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні») або зовнішнього незалежного фінансового аудиту партії (частини 3, 4 ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні»). Відомості, що містяться в таких звітах, не є предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1. Складання звіту щорічного внутрішньопартійного фінансового контролю або зовнішнього незалежного фінансового аудиту партії, який містить недостовірні відомості, кваліфікується за відповідною частиною ст. 358.

Недостовірність відомостей, які містяться в зазначених звітах, – це їхня невідповідність реальному фінансуванню діяльності політичної партії чи виборчої кампанії. Вона може бути обумовлена: 1) відсутністю інформації про: надходження на рахунки виборчих фондів або партії; майно, яке перебуває у власності партії; здійснені витрати партії або виборчого фонду; виникнення в партії зобов'язань фінансового характеру; 2) зазначенням невірних: сум внесків, які надійшли на рахунки виборчого фонду чи партії; дат надходження внесків; даних про особу, яка здійснила внесок, тощо.

У Положенні про аналіз Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру НАЗК розмежовує недостовірні відомості у звітах політичних партій та ***неповну інформацію*** в них. Так, в абз. 4 п. 5 вказаного Положення передбачено, що підставами визнання інформації неповною є: 1) неподання копій документів, що підтверджують відображені у звіті політичної партії відомості; 2) незазначення всіх відомостей, які мають відображатися політичною партією, її місцевими організаціями у звіті. У наступному абзаці того ж пункту зазначається, що показниками недостовірності відомостей може бути невідповідність вказаних у звітах даних: 1) первинним обліковим документам; 2) відомостям з інформаційних баз даних державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування; 3) інформації, що надходить та (або) отримана від державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб публічного права, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, а також фізичних осіб в установленому законом порядку.

Утім, у своїй практиці НАЗК не досить послідовно слідує сформульованим ним же визначенням неповноти інформації та недостовірних відомостей. Наприклад, таку типову помилку при заповненні звітів політичних партій як відсутність зазначення у звіті інформації про усі місцеві організації партії, які в установленому порядку набули статус юридичної особи, НАЗК розглядає як порушення п. 5 Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, в якому вимагається, щоб відомості у звіті були достовірними. З іншого боку, відсутність перерахування у звіті політичної партії інформації про всі її місцеві організації, що набули статус юридичної особи, цілком підпадає під такий критерій неповноти інформації (див. вище) як незазначення всіх відомостей, які мають відображатися політичною партією, її місцевими організаціями у звіті. Таким чином, своєю практикою НАЗК визнає, що неповнота інформації у звіті політичної партії може зводитись лише до неподання копій документів, що підтверджують відображені у звіті політичної партії відомості.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1 КК.

Подання недостовірних відомостей, які містяться у звіті (ч. 1 ст. 159-1) означає передачу звіту, що містить недостовірні відомості, суб'єкту права, визначеному законодавством, а саме:

- *НАЗК* – звіту партії про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру або фінансового звіту щодо коштів накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України або партії;

- *розпоряднику коштів накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України, партії, місцевої організації* – фінансового звіту щодо коштів поточного рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України, партії або місцевої організації партії;

- *політичній партії* – фінансового звіту щодо коштів накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України (якщо останнього висунула партія), партії або коштів поточного рахунку виборчого фонду кандидата у народні депутати України (якого висунула партія);

- *ЦВК* – фінансового звіту щодо коштів накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України або політичної партії;

- *окружній виборчій комісії* – фінансового звіту щодо коштів поточного рахунку виборчого фонду кандидата в народні депутати України;

- *територіальній виборчій комісії* – фінансового звіту щодо коштів накопичувального рахунку виборчого фонду місцевої організації партії або коштів поточного рахунку виборчого фонду кандидата в депутати місцевої ради в одномандатному виборчому окрузі, кандидата на посади сільського, селищного, міського голови, старости.

Подання недостовірних відомостей суб'єкт злочину може вчинити особисто або з використанням інших осіб.

Виборче законодавство передбачає, що в окремих випадках фінансовий звіт повинен передаватися відразу кільком уповноваженим суб'єктам права (наприклад, фінансовий звіт щодо коштів накопичувального рахунку виборчого фонду – партії, ЦВК і НАЗК). За змістом ч. 1 ст. 159-1 кримінальна відповідальність особи повинна наставати в разі подання звіту, що містить недостовірні відомості, хоча б одному із вказаних суб'єктів.

Не може вважатися поданням завідомо недостовірних відомостей у звіті щодо коштів поточного рахунку виборчого фонду кандидата в народні депутати України передбачене ч. 6 ст. 49 Закону «Про вибори народних депутатів України» пересилання копії такого звіту окружною виборчою комісією до ЦВК і НАЗК.

Суб'єктивна сторона і суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1 КК.

З суб'єктивної сторони злочин, передбачений ч. 1 ст. 159-1, характеризується прямим умислом, про що свідчить вказівка на завідомість недостовірного характеру відомостей.

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1, є спеціальним. Це особа, на яку законодавством покладено обов'язок передавати відповідні відомості, зафіксовані в звіті партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру або у фінансовому звіті про надходження та використання коштів виборчого фонду партії, місцевої організації партії, кандидата на виборах. Такими особами є:

- *керівник політичної парті*ї – у разі подання звіту партії про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру. Відповідно до ч. 7 ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні» звіт партії про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру передається за підписом керівника політичної партії. Таким чином, лише він може бути відповідальним за зміст звіту та за його передачу до НАЗК. У той же час в п. 1 розділу II Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру вказується, що звіт партії має підписуватись ще й головним бухгалтером (особою, відповідальною за ведення бухгалтерського обліку). Оскільки це положення підзаконного нормативно-правового акту прямо суперечить положенню закону, для цілей кримінально-правової кваліфікації головні бухгалтери політичної партій (особи, відповідальні за ведення бухгалтерського обліку) не повинні визнаватись суб'єктами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1. Утім, дії таких осіб за наявності достатніх для того підстав можуть кваліфікуватись як пособництво у вчиненні цього злочину.

- *розпорядник поточного рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України, партії або місцевої організації партії* – в разі подання фінансового звіту щодо коштів такого рахунку;

- *розпорядник накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України, партії або місцевої організації партії* – у разі подання фінансового звіту щодо коштів такого рахунку;

- *розпорядник поточного рахунку виборчого фонду кандидата в народні депутати України, кандидата в депутати місцевої ради в одномандатному виборчому окрузі або кандидата на посади сільського, селищного, міського голови, старости* – у разі подання фінансового звіту щодо коштів такого рахунку.

Щодо правового статусу розпорядників виборчих фондів див. ст. 42 Закону «Про вибори Президента України», ст. 49 Закону «Про вибори народних депутатів України», ст. 71 Закону «Про місцеві вибори».

Інші особи, які організували вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 159-1, схилили керівника політичної партії чи розпорядника виборчого фонду до подання завідомо недостовірних відомостей у відповідному звіті чи сприяли їм у цьому (складаючи текст звіту, фізично передаючи звіт уповноваженому суб'єкту тощо), мають визнаватись організаторами, підбурювачами чи пособниками у вчиненні такого злочину.

Немає складу злочину в діях особи, яка за дорученням керівника політичної партії або розпорядника виборчого фонду виконувала технічні функції (виготовила текст відповідного звіту, передала його уповноваженому суб'єкту тощо), не знаючи про недостовірний характер відомостей, що містяться в звіті.

У ч. 2 ст. 159-1 встановлено кримінальну відповідальність за вісім різних **форм вчинення злочину**:

1) здійснення внеску на підтримку політичної партії особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права;

2) здійснення внеску на підтримку політичної партії фізичною особою або від імені юридичної особи у великому розмірі;

3) надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права;

4) надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, вчинене у великому розмірі;

5) отримання внеску на користь партії від особи, яка не має права здійснювати такий внесок;

6) отримання внеску на користь партії, вчинене у великому розмірі;

7) отримання фінансової (матеріальної) підтримки в здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму від особи, яка не має права надавати таку фінансову (матеріальну) підтримку;

8) отримання фінансової (матеріальної) підтримки в здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, вчинене у великому розмірі.

Характеристика предмету, об'єктивної та суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 2 ст. 159-1 КК.

Внеском на підтримку політичної партії в ст. 159-1 (з огляду на ч. 4 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні») є: грошові кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги, позики (кредити), нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального або негрошового характеру, у т.ч. членські внески членів політичної партії, спонсорство третіми особами заходів чи іншої діяльності на підтримку політичної партії, товари, роботи, послуги, які надано або отримано безоплатно чи на пільгових умовах (за ціною, нижчою за ринкову вартість ідентичних або подібних робіт, товарів та послуг на відповідному ринку). У цілому такий перелік кореспондує із законодавчим визначенням неправомірної вигоди (див. ст. 364-1 і коментар до неї). Різновидом внеску, що відповідно до законодавства прямо не визнається неправомірною вигодою, є позика. Її поняття розкривається в цивільному законодавстві. Відповідно до ст. 1046 ЦК за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду і такої ж якості.

Здійснення внеску на підтримку політичної партії означає передачу такого внеску політичній партії, зареєстрованій в установленому порядку місцевій організації політичної партії, пов'язаній

особі політичної партії чи її місцевої організації, висунутому політичною партією чи її місцевою організацією кандидату на виборах народних депутатів України, виборах Президента України, місцевих виборах (шляхом перерахування або переказування до виборчого фонду на відповідних виборах).

Передача внеску може набувати різноманітних форм залежно від його характеру – гроші можуть зараховуватись на рахунки партії чи передаватись готівкою її членам в інтересах партії, послуги, переваги, пільги можуть надаватись політичній партій як юридичній особі або окремим її членам, але в інтересах партії в цілому тощо.

Слід враховувати, що регулятивне законодавство визначає поняття внеску на підтримку політичної партії в контексті правомірних дій суб'єктів політичного процесу. Наприклад, у ч. 4 ст. 14 Закону «Про політичні партії в Україні» вказано, що внесок на підтримку політичної партії може надаватись висунутому політичною партією чи її місцевою організацією кандидату на виборах народних депутатів України, виборах Президента України, місцевих виборах шляхом перерахування або переказування коштів до виборчого фонду на відповідних виборах, оскільки виборче законодавство встановлює такий правовий режим функціонування виборчих фондів, в якому немає місця готівковим внескам на передвиборчу агітацію. Однак поширення подібного розуміння внеску на підтримку політичної партії на кримінальне законодавства мало б наслідком, наприклад, безкарність передачі готівкових коштів кандидатам на виборах особами, які відповідно до Закону «Про політичні партії в Україні» не мають на це права. Таким чином, поняття внеску на підтримку політичної партії в тексті ст. 159-1 має тлумачитись автономно, – з огляду на ч. 4 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні», але й з урахуванням того, що метою цього положення КК є запобігання протиправному фінансуванню політичних партій і виборчого процесу, – та охоплювати будь-які фактичні внески на підтримку політичної партії.

Внесок на підтримку політичної партії вважається здійсненим ***особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права*****,** якщо його було надано фізичними особами, зазначеними в ч. 1 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» (див. також ч. 1 ст. 43 Закону «Про вибори Президента України», ч. 1 ст. 50 Закону «Про вибори народних депутатів України»), або від імені юридичних осіб, зазначених у цій же статті Закону.

Частина 3 ст. 72 Закону «Про місцеві вибори», на відміну від інших актів виборчого законодавства, при визначенні кола осіб, які можуть робити внески до виборчих фондів на місцевих виборах, не містить відсилки до Закону «Про політичні партії в Україні» та в свою чергу забороняє робити добровільні внески до виборчого фонду: а) іноземцям та особам без громадянства; б) анонімним жертводавцям (без зазначення в платіжному документі відомостей, передбачених у ч. 4 ст. 72).

Колізія між цим положенням та ч. 1 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» повинна вирішуватись на користь останнього за принципами «закон, прийнятий пізніше, має пріоритет перед законом, прийнятим раніше» та «спеціальний закон має пріоритет перед загальним». Таким чином, стосовно виборчих фондів місцевих організацій партій, а також висунутих ними на місцевих виборах кандидатів повинні бути актуальними всі обмеження щодо здійснення внесків, які передбачені ч. 1 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні».

Згідно із приміткою до ст. 159-1 внесок на підтримку політичної партії вважається здійсненим *у **великому розмірі***, якщо розмір суми грошових коштів, вартість майна, пільг, послуг, позик, переваг, нематеріальних активів, будь-яких інших вигод нематеріального чи негрошового характеру в два чи більше разів перевищує встановлений законом максимальний розмір внеску на підтримку політичної партії.

Відповідно до частин 2, 3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» загальний розмір (сума) внеску (внесків) на підтримку політичної партії від громадянина України протягом одного року не може перевищувати 400 мрзп, встановлених на 1 січня року, в якому здійснювалися внески, а від імені юридичної особи – 800 мрзп.

При цьому в загальний розмір внесків мають включатись як внески, що надавались безпосередньо політичній партій, місцевій організації політичної партії, пов'язаній особі політичної партії чи її місцевої організації, так і внески до виборчих фондів політичної партії, місцевої організації партії та висунутих ними кандидатів на виборах різних рівнів.

Частина 2 ст. 72 Закону «Про місцеві вибори» встановлює, що розмір добровільного внеску однієї фізичної особи до одного виборчого фонду не може перевищувати 10 мрзп. Цю норму слід

розглядати як додаткову щодо частин 2, 3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні». Отже, внесок на підтримку політичної партії у вигляді внеску до виборчого фонду її місцевої організації або до виборчого фонду кандидата в депутати в одномандатному виборчому окрузі чи кандидата на посаду сільського, селищного, міського голови, старости, висунутого місцевою організацією партії, може вважатись великим ще тоді, коли він у два чи більше разів перевищує 10 мрзп.

Якщо фізична або юридична особа здійснює або може здійснювати вирішальний вплив на діяльність однієї або кількох юридичних осіб (зокрема, є кінцевим бенефіціарним власником (контролером) юридичної особи), внески такої фізичної або юридичної особи і підконтрольних їй юридичних осіб вважаються внеском однієї особи й обмежуються загальним розміром (сумою) внеску (внесків), встановленим цією статтею (ч. 4 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні»). Щодо змісту понять ***«вирішальний вплив»***, ***«кінцевий бенефіціарний власник (контролер)»*** – див. Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю.

Розмір (сума) внеску у формі робіт, товарів або послуг визначається на основі ринкової вартості ідентичних або подібних робіт, товарів та послуг на відповідному ринку за методологією, розробленою та затвердженою НАЗК за погодженням з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики (ч. 5 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні»). До моменту затвердження методології виключається кримінальна відповідальність за здійснення внеску на підтримку політичної партії у великому розмірі, якщо такий внесок полягав у роботах, товарах чи послугах.

Фінансовою (матеріальною) підтримкою для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму з огляду на примітку до ст. 159-1 є грошові кошти, майно, пільги, послуги, позики, переваги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру.

Виборче законодавство дозволяє наповнення виборчих фондів партій, їх місцевих організацій та кандидатів на виборах різних рівнів лише грошовими коштами, які переказують чи переводять на відповідні рахунки, однак як і поняття «внесок на підтримку політичної партії», поняття «фінансова (матеріальна) підтримка для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму» має тлумачитись автономно та охоплювати найрізноманітніші форми такої підтримки: передача для потреб передвиборчої агітації необхідного спорядження, проведення робіт (безоплатний ремонт автомобіля, що використовується для передвиборчої агітації), надання переваг (надання кандидату в депутати індивідуальної знижки на оренду приміщення саме через його участь у виборах) чи інших вигод. Тим більше, що на це прямо вказує примітка до ст. 159-1.

Надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, так само як і здійснення внеску на підтримку політичної партії, може набувати різноманітних форм залежно від характеру підтримки.

Надання вказаної підтримки для здійснення передвиборної агітації вважається вчиненим ***особою, яка не має на те права,*** якщо ці дії були вчинені:

- фізичною особою, зазначеною в ч. 1 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні», або від імені відповідної юридичної особи, – у разі надання підтримки для передвиборної агітації на виборах Президента України, народних депутатів України, а також – на місцевих виборах (якщо підтримка надається висунутому місцевою організацією кандидату на виборах народних депутатів України);

- особою, зазначеною в ч. 3 ст. 72 Закону «Про місцеві вибори», – у разі надання підтримки для передвиборної агітації на місцевих виборах кандидатам, що самовисунулись.

Надання підтримки вважається вчиненим у ***великому розмірі,*** якщо розмір переданих благ перевищує встановлений законом максимальний розмір фінансової (матеріальної) підтримки на здійснення передвиборної агітації.

Максимальний розмір фінансової (матеріальної) підтримки на здійснення передвиборної агітації обмежується для: виборів Президента України та народних депутатів України – розміром максимального внеску на підтримку партії протягом року; місцевих виборів – 10 мрзп.

Якщо фінансова (матеріальна) підтримка набуває вигляду робіт, товарів або послуг, то вартість останніх визначається шляхом проведення судової експертизи.

З огляду на відсутність законодавчого регулювання порядку проведення всеукраїнського та місцевого референдумів, коло осіб, які не мають права надавати фінансову (матеріальну) підтримку

агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, та граничний розмір такої підтримки на даний момент є невизначеним.

Незаконне здійснення внеску на підтримку політичної партії, а так само незаконне надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму з **суб'єктивної сторони** характеризуються виключно прямим умислом.

Суб'єкт здійснення (надання) внеску (фінансової (матеріальної) підтримки) на підтримку політичної партії (здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму) у великому розмірі є загальним.

Суб'єкт здійснення (надання) внеску (фінансової (матеріальної) підтримки) на підтримку політичної партії (здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму) особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права, є ***спеціальним***. Це фізична особа, якій законом заборонено здійснювати (надавати) відповідний внесок (підтримку), або службова особа юридичної особи, стосовно якої закон містить аналогічні обмеження, – див. вище посилання на акти регулятивного законодавства, що визначають перелік таких осіб.

Інші особи, які сприяють у здійсненні (наданні) внеску (допомоги) (наприклад, працівник банку або відділення зв'язку приймає платіжний документ, знаючи, що платник не має права здійснювати внесок на підтримку політичної партії), повинні підлягати кримінальній відповідальності як пособники у вчиненні злочину.

Одержання внеску на підтримку політичної партії або фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму означає їх прийняття відповідною особою: прийняття грошових коштів або речі у володіння, споживання певної послуги (зокрема, політичною партією як юридичною особою, членами політичної партії або працівниками її апарату в інтересах партії) тощо.

З **суб'єктивної сторони** незаконне одержання внеску на підтримку політичної партії або фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму характеризується виключно прямим умислом.

Кримінальна відповідальність особи настає лише за умови, що на момент прийняття відповідних благ вона усвідомлювала, що такі блага надаються у великому розмірі, або фізичною особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права. Особа не може підлягати кримінальній відповідальності за ч. 2 ст. 159-1 у разі, якщо зазначені обставини стали їй відомими після того, коли певні блага було прийнято, у т.ч. і тоді, коли вона порушила вимоги ч. 7 ст. 15 Закону «Про політичні партії» щодо складання заяви про відмову від внеску на підтримку політичної партії.

Суб'єкт незаконного одержання внеску на підтримку політичної партії або фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації є спеціальним. Ним може бути в разі незаконного одержання:

1) внеску на підтримку політичної партії – керівник політичної партії, керівник місцевої організації партії, пов'язана особа політичної партії чи її місцевої організації, кандидат на виборах народних депутатів України, виборах Президента України, місцевих виборах (якщо внесок на користь партії здійснюється шляхом перерахування або переказування до виборчого фонду на відповідних виборах). Щодо поняття «пов'язані особи» – див. Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю. У цьому правовому акті пов'язаними особами також визнаються кандидати на виборах, висунуті партією або її місцевою організацією, що прямо суперечить ч. 4 ст. 14 Закону «Про політичні партії», в якій ці дві категорії осіб прямо розмежовуються. Таким чином, кандидатів на виборах не слід визнавати пов'язаними особами політичної партії;

2) фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації – кандидат на виборах Президента України, народних депутатів України чи місцевих виборах, що самовисунувся, а також висунутий політичною партією чи її місцевою організацією кандидат на виборах народних депутатів України, виборах Президента України, місцевих виборах (якщо фінансова (матеріальна) підтримка передвиборної агітації здійснюється не шляхом перерахування або переказування коштів до виборчого фонду на відповідних виборах).

Інші особи, які сприяли незаконному одержанню внеску на підтримку політичної партії або фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації (наприклад, член партії,

який фізично прийняв незаконний грошовий внесок на підтримку партії за дорученням її керівника партії чи керівника місцевої організації) підлягають кримінальній відповідальності як пособники у вчиненні злочину.

З огляду на відсутність законодавчого регулювання порядку проведення всеукраїнського та місцевого референдумів, коло суб'єктів незаконного одержання фінансової (матеріальної) підтримки агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму нині виглядає невизначеним.

У випадку, коли незаконне здійснення (одержання) внеску на підтримку політичної партії виявляється у незаконному наданні (одержанні) фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, скоєне за жодних умов не утворює сукупності злочинів, але за наявності достатніх для того підстав особі на рівні формулювання обвинувачення мають бути інкриміновані і незаконне здійснення (одержання) внеску на підтримку політичної партії, і незаконне надання (одержання) фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації.

Оскільки ч. 2 ст. 159-1 не обумовлює кримінальну відповідальність вчиненням або невчиненням певних дій суб'єктом незаконного одержання внеску на користь партії або фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдум, склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 159-1, є суміжним щодо складів злочинів, передбачених статтями 354, 368-3, а між відповідними нормами відсутня конкуренція.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

Кваліфікуючою ознакою злочинів, передбачених частинами 1, 2 ст. 159-1, є вчинення злочину повторно, а особливо кваліфікуючими ознаками злочину, передбаченого ч. 2 ст. 159-1: 1) вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб; 2) вчинення злочину організованою групою; 3) вчинення злочину, що було поєднане з вимагання внеску чи фінансової (матеріальної) підтримки в здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму.

Про поняття «вчинення злочину повторно», «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» та «вчинення злочину організованою групою» – див. ст. 32, ч. 2 ст. 28, ч. 3 ст. 28, відповідно, та коментар до ст. 191; «вимагання внеску» – див. п. 5 примітки ст. 354 та коментар до цієї статті.

Звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання.

Особа, яка вчинила злочин, передбачений ст. 159-1, може бути **звільненою**:

1) від кримінальної відповідальності – у разі вчинення злочину, передбаченого будь-якою частиною ст. 159-1, на підставах статей 47–49. В останньому випадку, якщо минуло три роки з дня вчинення злочину для випадків частин 1-3 ст. 159-1, або п'ять років – для випадків ч. 4 ст. 159-1. Крім того, особа, які вчинила злочин, передбачений частинами 1, 2 або 3 ст. 159-1, може бути звільнена від кримінальної відповідальності на підставах, передбачених статтями 45–46;

2) від покарання – на підставах, передбачених частинами 4, 5 ст. 74, статтями 75, 79, 86.

Спеціальна конфіскація.

У випадку вчинення злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 159-1, суд може застосувати спеціальну конфіскація майна: для випадків частин 2, 3 ст. 159-1 в силу прямої вказівки ч. 1 ст. 96-1; для випадків ч. 4 ст. 159-1 – в силу загального правила, передбаченого ч. 1 ст. 96-1, оскільки санкція ч. 4 ст. 159-1 передбачає покарання у виді позбавлення волі.

Незаконно отримані внески на користь політичної партії або фінансова (матеріальна) підтримка виборчої кампанії або кампанії з проведення всеукраїнського чи місцевого референдуму підлягають спеціальній конфіскації відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 96-2 як майно, одержане внаслідок вчинення злочину.

У випадках, коли зазначені внески або допомога були використані (наприклад, усі кошти виборчого фонду кандидата на виборах, який самовисунувся, включаючи незаконно отриману фінансову допомогу, були використані для здійснення передвиборчої агітації) або не можуть бути виділені з набутого законним шляхом майна (наприклад, незаконні внески на підтримку політичної партії, зроблені в безготівковій формі), суд в праві відповідно до ч. 2 ст. 96-2 винести рішення про конфіскацію грошової суми, що відповідає вартості незаконно отриманих внесків на користь політичної партії або фінансової (матеріальної) підтримки виборчої кампанії або кампанії з проведення всеукраїнського чи місцевого референдуму.

Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 96-3 вчинення злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 159-1, є підставою для застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. При застосування зазначених заходів необхідно, зокрема, враховувати, що:

а) підставою для застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є не будь-яка форма злочину, передбачена вказаними положеннями закону, а лише ті з них, які передбачають отримання внеску на підтримку політичної партії;

б) усі суб'єкти незаконного одержання внеску на підтримку політичної партії можуть визнаватись уповноваженими особами юридичної особи в розумінні п. 1 примітки до ст. 96-3;

в) вчинення уповноваженою особою злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 159-1, створює підстави для застосування заходів кримінально-правового характеру стосовно лише однієї категорії юридичних осіб – політичних партій;

г) зважаючи на особливості об'єктивної сторони злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 159-1, вчинення уповноваженою особою злочину в інтересах юридичної особи (політичної партії) може виявлятись лише у тому, що вчинений злочин призвів до отримання юридичною особою неправомірної вигоди;

ґ) з огляду на положення статей 96-6, 96-8, 96-9, у випадку вчинення уповноваженою особою злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 159-1, до юридичної особи може бути застосований лише один вид заходів кримінально-правового характеру – штраф;

д) застосування до юридичної особи спеціальної конфіскації у зв'язку із вчиненням злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 159-1, слід розуміти як відшкодування розміру отриманої неправомірної вигоди в розумінні ч. 2 ст. 96-6.

7.2. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 159-1 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Під час розслідування злочинів, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 159-1, слідчий, прокурор повинні враховувати, що вітчизняне законодавство у сфері державного контролю за діяльністю політичних партій, здійснення виборчих компаній або компаній з проведення всеукраїнського чи місцевого референдуму характеризується **низкою проблем** у його застосуванні, які можуть вплинути на можливість прийняття рішення щодо притягнення особи до кримінальної відповідальності:

1) рішенням НАЗК від 2 червня 2016 р. №7 «Про затвердження форм заяв до платіжного документа на здійснення грошового внеску на підтримку політичної партії до установи банку України чи відділення зв'язку» затверджено форми заяв про відсутність обставин, передбачених частинами 1, 2 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні». Відсутність таких заяв відповідно до ч. 6 ст. 15 цього Закону є підставою для відмови у прийнятті платіжного документа на здійснення грошового внеску від громадянина України та від юридичної особи. Мета запровадження таких форм заяв – засвідчення поінформованості громадянина або представника юридичної особи про те, що їм відомий встановлений законодавцем у пунктах 1–8 ч. 1 та частинами 2, 3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» перелік осіб, які не мають права здійснювати внески на підтримку політичної партії, та граничні розміри таких внесків на рік. Відповідно, при встановленні фактів порушень вимог нормативних приписів частин 1–3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» такі заяви будуть підтверджувати умисний характер дій громадянина України чи представника юридичної особи. Однак, бланків цих заяв у відділеннях комерційних банків майже ніколи немає і примусити їх мати НАЗК не має права. Внутрішні ж документи окремих комерційних банків щодо умов та правил надання банківських послуг прямо не враховують положення частин 1–3, 6 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні», як і Положення про ведення касових операцій у національній валюті України, затверджене правлінням НБУ №148 від 29 грудня 2017 р. Як наслідок, всупереч вимогам ч. 6 ст. 15 цього Закону є випадки внесення через відділення банківських установ коштів на рахунки політичних партій без відповідної заяви у затвердженій НАЗК формі. У таких випадках особа, яка порушила вимоги пунктів 1–8 ч. 1 та частин 2, 3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні», має

підстави для твердження про відсутність у неї умислу на вчинення протиправних дій, передбачених ст. 159-1, через невиконання банківською установою вимог ч. 6 ст. 15 цього Закону;

2) рішеннями НАЗК №2 від 28 липня 2016 р. та №3 від 9 червня 2016 р., відповідно, затверджені Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру та форма Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру. Аналіз вимог цих рішень, змісту форми звіту політичної партії та практики складання і подання таких звітів політичними партіями свідчить про неможливість наведення політичною партією даних про все своє майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру.

Наприклад, через відсутність граф чи таблиць для відповідної інформації для випадків коли майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру мають місцеві організацій партії, які в установленому порядку набули статус юридичної особи.

Згідно із вимогами ч. 7 ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні» політична партія, а не її місце організація зі статусом юридичної особи, щоквартально, не пізніше ніж на сороковий день після закінчення звітного кварталу, зобов'язана подати до НАЗК у паперовій формі (за підписом керівника політичної партії, засвідченим печаткою політичної партії), а також на електронному носії Звіт політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за відповідний квартал.

До такого Звіту додаються щоквартальні Звіти осередків політичної партії зі статусом юридичної особи НАЗК, які підписуються керівниками та головними бухгалтерами (особами, відповідальними за ведення бухгалтерського обліку) відповідної місцевої організації (пункт 1 розділу III «Особливості заповнення деяких розділів Звіту» Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру).

Достовірність даних Звіту для НАЗК підтверджується власноручними підписами керівника (уповноваженої особи) та головного бухгалтера (особи, відповідальної за ведення бухгалтерського обліку) на останній сторінці Звіту, скріпленими печаткою політичної партії (пункт 13 Розділу II «Порядок та строки подання політичними партіями Звіту до Національного агентства» Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру).

Однак, по факту головний осередок політичної партії та її місцеві організації подають відокремлено Звіти про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру. При цьому Звіти місцевих організацій політичної партії виступають як додатки до Звіту політичної партії. Таким чином, керівник політичної партії виходячи із цього може відповідати тільки за недостовірність відомостей у Звіті, який поданий від головного осередку партії, а за достовірність відомостей, які містяться у таких додатках до цього Звіту відповідальність несуть особи, які його підписали. Якщо б форма Звіту передбачала наведення консолідованих даних у одному документі щодо політичної партії та її місцевих організацій, які є юридичними особами, то відповідальність за достовірність даних наведених у ньому прямо несла б особа, яка його підписала;

3) частина 7 ст. 17 Закону «Про політичні партії в Україні» вимагає від політичних партій подавати тільки щоквартальні звіти. Але пункт 2 Розділу II «Порядок та строки подання політичними партіями Звіту до Національного агентства» Положення про порядок подання Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру визначає, що Звіт подається за IV квартал та за рік – до 9 лютого наступного за звітним року включно. Відповідно має місце колізія між Законом «Про політичні партії в Україні» та наведеним Положенням, яка повинна вирішуватися на користь закону, а саме, у ситуаціях, коли виявлено недостовірні відомості у щорічному Звіті політичної партії, подання якого не передбачене Законом «Про політичні партії», то підстав для притягнення до кримінальної відповідальності керівника політичної партії не має;

4) частина 5 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» визначає, що розмір (сума) внеску у формі робіт, товарів або послуг визначається на основі ринкової вартості ідентичних або подібних робіт, товарів та послуг на відповідному ринку за методологією, розробленою та затвердженою НАЗК за погодженням з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики, тобто з МФ. На сьогодні така методологія не затверджена НАЗК і поки це не відбудеться, не має можливостей довести некоректність визначення вартості робіт, товарів або послуг наданих політичній партії «безоплатно» або «на пільгових умовах» і відповідно недостовірність наведених у Звіті відомостей щодо них;

5) відсутність законів про всеукраїнський та місцевий референдуми, що виключає можливість проведення таких референдумів, а відтак і вчинення відповідних протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у частинах 2–4 ст. 159-1.

Основну роль у виявленні порушень порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації відіграють суб'єкти, яким, відповідно до вимог законів «Про політичні партії в Україні», «Про вибори Президента України», «Про вибори народних депутатів України», «Про місцеві вибори», мають передаватися фінансові звіти. До їх числа відносяться НАЗК, розпорядник коштів накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України, політичної партії, місцевої організації, політична партія, окружна виборча комісія, територіальна виборча комісія, ЦВК, а також РП та аудиторські фірми, які залучаються для проведення зовнішнього незалежного фінансового аудиту звітності про доходи, майно, витрати і фінансові зобов'язання політичної партії, її місцевих організацій.

Ключовими умовами якісного розслідування цих злочинів є:

- знання слідчим, прокурором виборчого законодавства та законодавства, яке регламентує діяльність політичних партій, проведення всеукраїнського та місцевого референдуму, а також діяльність НАЗК, здійснення бухгалтерського обліку, цивільного законодавства;

- чітке уявлення про зміст обставин вчинення злочинів, передбачених ст. 159-1, які підлягають доказуванню.

У ст. 159-1 передбачена кримінальна відповідальність за такі діяння:

1) подання завідомо недостовірних відомостей у звіті партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру або у фінансовому звіті про надходження та використання коштів виборчого фонду партії, місцевої організації партії, кандидата на виборах. **Доказування** факту цього злочину вимагає встановлення:

- відомостей про політичну партію, виборчий фонд партії, місцеву організацію, кандидата на виборах (дата створення, керівний склад партії, мережа місцевих організацій, дані про них як юридичних осіб), у зв'язку із проведенням у встановленому законом порядку яких саме виборів (Президента України, народного (-них) депутатів, місцевих виборів), всеукраїнського, місцевого референдуму створений виборчий фонд, дані про висунення кандидата на виборну посаду, розпорядників поточного та накопичувального рахунків та реквізити цих рахунків;

- відомості про особу, яка подала Звіт партії про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру, тобто підписала його, і що вона є призначеною у встановленим законом порядку керівником партії, розпорядником накопичувального або поточного рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України, партії або місцевої організації партії, фонду референдуму при поданні фінансового звіту щодо коштів такого рахунку;

- що такій особі було до подання цього звіту відомо про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру політичної партії або про надходження та використання коштів виборчого фонду партії, місцевої організації партії, кандидата на виборах, фонду референдуму, які повинні бути внесені у відповідний звіт і могли бути внесені, виходячи із затвердженої НАЗК форми звіту та роз'яснень щодо її заповнення, або форми звіту розпорядників поточного, накопичувального рахунку виборчого фонду, фонду референдуму та причини внесення у звіт недостовірних відомостей і у чому саме вони полягали. З'ясування таких причин може забезпечити виявлення слідством фактів діянь, які передбачені у частинах 2–4 ст. 159-1, розслідування яких у свою чергу може вивести на вчинення корупційних та інших злочинів, неправомірна вигода від яких була передана як внески у різних формах на потреби політичної партії, виборчого фонду;

- різниця між фактично наявними у звітному періоді у політичної партії майном, доходами, витратами, зобов'язаннями фінансового характеру або у виборчому фонді партії, місцевої її організації, кандидата на виборах коштами та даними щодо них, які відображені у відповідному звіті та розмір такої різниці;

- де фактично знаходиться майно, одержані грошові кошти, придбані матеріальні об'єкти, результати робіт, виконаних за кошти політичної партії, передвиборчого фонду;

- хто саме вносив недостовірні відомості у звіт про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру політичної партії, або про надходження та використання коштів виборчого фонду партії, місцевої організації партії, кандидата на виборах і що особа, яка зобов'язана подавати такий звіт знала (не могла не знати), виходячи з покладених на неї обов'язків, про недостовірність таких відомостей;

- час та спосіб подання звіту, що містить недостовірні відомості, суб'єкту, визначеному законодавством;

2) умисне здійснення внеску на підтримку політичної партії особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права, умисне здійснення внеску на користь політичної партії фізичною особою або від імені юридичної особи у великому розмірі, умисне надання фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму фізичною особою або від імені юридичної особи у великому розмірі чи особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права. Щодо цих кримінальних правопорушень підлягають з'ясуванню під час **доказування:**

- відомості про конкретну фізичну або юридичну особу та відсутність у неї права здійснювати (надавати) внесок (підтримку) політичній партії, для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму. На даний час такі нормативні приписи містять ч. 1 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні», ч. 1 ст. 43 Закону «Про вибори Президента України», ч. 1 ст. 50 Закону «Про вибори народних депутатів України», ч. 3 ст. 72 Закону «Про місцеві вибори»;

- обізнаність особи (фізичної особи, представника юридичної особи) у визначених у законодавстві заборонах та обмеженнях щодо внесків (підтримки) політичної партії, здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму і чому усвідомлюючи наявність таких приписів і того, що такі внески (підтримку) надавати не можна вона це здійснила;

- у чому саме одержав свій вираз внесок (підтримка) політичної партії, здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму. Чи перевищував загальний розмір (сума) внеску (внесків) встановлений законодавством граничний розмір. Такі розміри визначені частинами 2, 3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні», ч. 2 ст. 43 Закону «Про вибори Президента України», частинами 1, 2 ст. 50 Закону «Про вибори народних депутатів України», ч. 2 ст. 72 Закону «Про місцеві вибори»;

- коли та у який спосіб був здійснений внесок (підтримка) політичній партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму;

- де фактично знаходяться одержані грошові кошти, майно, придбані матеріальні об'єкти, результати робіт, виконаних за кошти політичної партії, передвиборчого фонду;

- чи було відомо керівнику партії, місцевої організації партії про здійснення внеску, на який розповсюджується дія заборон у чинному законодавстві. Чи повідомили вони про це відповідний контролюючий орган та чи не скористалися вони цим внеском. Дослідження цієї обставини може вивести слідство на виявлення ознак умисного отримання такого внеску на користь партії, кримінальна відповідальність за що передбачена у ч. 2 ст. 159-1;

3) умисне отримання внеску на користь партії від особи, яка не має права здійснювати такий внесок, або у великому розмірі, умисне отримання у великому розмірі фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, умисне отримання такої фінансової (матеріальної) підтримки від особи, яка не має права надавати таку фінансову (матеріальну) підтримку, або поєднання цих дій з вимаганням внеску чи фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму. По таких фактах, які розслідуються у взаємозв'язку із розслідуванням умисного здійснення внеску на підтримку політичної партії, для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму особою, яка не має на те права, або від імені юридичної особи, яка не має на те права, підлягають **доказуванню:**

- дані про політичну партію, виборчий фонд партії, місцеву організацію, кандидата на виборах, фонд проведення всеукраїнського або місцевого референдуму (дата створення, керівний склад партії, мережа місцевих організацій, дані про них як юридичних осіб, у зв'язку із проведенням у встановленому законом порядку яких саме виборів, референдумів створений фонд, його розрахунковий рахунок);

- відомості про особу, яка є керівником партії, місцевої організації партії, розпорядником фонду, коли та ким вони призначені;

- відомості про конкретну фізичну або юридичну особу та відсутність у неї права здійснювати (надавати) внесок (підтримку) політичній партії, для здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму;

- у чому саме одержав свій вираз внесок (підтримка) політичної партії, здійснення передвиборної

агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму від особи, яка не мала права на його здійснення. Чи перевищував загальний розмір (сума) внеску (внесків) встановлений законодавством граничний розмір;

- обставини, за яких стало відомо (не могло не стати відомим) керівнику партії, місцевої організації партії, розпоряднику фонду референдуму про здійснення внеску (підтримки), на який розповсюджується дія заборон у чинному законодавстві. Чому вони не повідомили про це відповідний контролюючий орган і скористалися цим внеском (підтримкою);

- коли та ким було здійснене прийняття грошових коштів або речі у володіння, споживання певної послуги, тощо як внеску (підтримки) політичної партії, здійснення передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму;

- де фактично знаходиться майно, одержані грошові кошти, придбані матеріальні об'єкти, результати робіт, виконаних за кошти політичної партії, передвиборчого фонду, фонду всеукраїнського або місцевого референдуму.

Якщо мало місце вимагання внеску чи фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, то з'ясуванню підлягають обставини за яких було висловлено фізичній особі чи представнику юридичної особи вимогу щодо надання такого внеску чи підтримки, ким, де та коли, це було зроблене та у якій формі, зміст погроз вчинення яких саме дій або бездіяльності з використанням становища, наданих повноважень, влади, службового становища особи, яка передавала таку вимогу, чи інших осіб стосовно особи, яка надає внесок (підтримку) у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, або якими саме діями, бездіяльністю, ким та протягом якого періоду часу умисно створювались умови, за яких особа вимушена надати таку неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Наведені протиправні дії можуть бути вчинені повторно та/або за попередньою змовою групою осіб, організованою групою. Відповідно підлягають встановленню наявність ознак повторності, попередньої змови групи осіб чи організованої групи, що мали місце під час вчинення злочинів, передбачених ст. 159-1.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 159-1 КК, отримані з матеріалів перевірки НАЗК, іншими контролюючими органами Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати й зобов'язання фінансового характеру або фінансового звіту щодо коштів накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата в Президенти України або партії, фонду референдуму.

Ця слідча ситуація є найбільш сприятливою для досудового розслідування обставин вчинення злочинів, передбачених ст. 159-1. Одним із ключових параметрів щодо дотримання яких здійснює аналіз таких звітів із застосуванням своїх можливостей НАЗК є повнота і достовірність відображеної у звіті інформації, а також наявність або відсутність порушень законодавства щодо фінансування політичних партій або передвиборної агітації.

Слідчий, прокурор після внесення відомостей до ЄРДР для якісної організації досудового розслідування цих злочинів мають враховувати результати перевірки фінансового звіту, яка згідно із вимогами Положення про аналіз Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, затвердженого рішенням НАЗК №26 від 8 вересня 2016 р., здійснюється шляхом зіставлення та звірки відомостей, зазначених у Звіті, з доданими до Звіту документами, відомостями з інформаційних баз даних державних органів, органів місцевого самоврядування, інформацією, що надходить та/або отримана агентством від державних органів, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб публічного права, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, а також фізичних осіб в установленому законом порядку, зокрема щодо отриманих доходів, внесків, наявності нерухомого майна, транспортних засобів та інших активів, фінансових зобов'язань, інших відомостей, які мають відображатися політичними партіями у Звіті.

Для встановлення агентством недостовірності відомостей про майно, кошти або витрати політичної партії, її місцевої організації інформація у Звіті досліджується спочатку на предмет її неповноти.

Підтвердженням цього є встановлення фактів неподання копій документів, що підтверджують відображені у Звіті відомості (у т.ч. копій платіжних документів, довідок установ банків про рух коштів

на рахунках), та/або не зазначення всіх відомостей, які мають відображатися політичною партією, її місцевими організаціями у Звіті. Недостовірність відомостей у Звіті встановлюється шляхом визначення не відповідності даним, що містяться в первинних облікових документах, відомостям з інформаційних баз даних державних органів, органів місцевого самоврядування, інформації, що надходить та/або отримана агентством від державних органів, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб публічного права, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, а також фізичних осіб в установленому законом порядку, зокрема щодо отриманих доходів, внесків, наявності нерухомого майна, транспортних засобів та інших активів, фінансових зобов'язань, інших відомостей, які мають відображатися політичними партіями у Звіті.

Об'єктами аналізу для встановлення наявності або відсутності фактів порушень законодавства щодо фінансування політичних партій, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму є дані про:

1) рахунки політичної партії, її місцевих організацій, які в установленому порядку набули статусу юридичної особи, рахунку (рахунків) виборчого фонду політичної партії, її місцевих організацій, кандидата(ів) від політичної партії (місцевих організацій партії) на відповідних загальнодержавних або місцевих виборах (у разі проведення виборів), у т.ч. щодо залишків грошових коштів на рахунках на кінець звітного періоду, додержання порядку повідомлення про відкриття/закриття таких рахунків в установах банків України, кількості рахунків тощо;

2) внески на користь політичної партії, її місцевих організацій, які в установленому порядку набули статусу юридичної особи, до виборчого фонду політичної партії, її місцевих організацій чи кандидата(ів) від політичної партії (місцевих організацій партії) щодо додержання політичною партією та її місцевими організаціями вимог Закону «Про політичні партії»;

3) порядок надання або отримання конкретного внеску на підтримку політичної партії;

4) законність та цілі використання політичною партією коштів державного бюджету на фінансування їх статутної діяльності за звітний період у разі отримання такого фінансування та відповідності даних Звіту інформації, отриманій від банківських установ, з інформаційних баз даних державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інформації, що надходить та/або отримана Національним агентством від державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування;

5) майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру отримані від інших юридичних осіб публічного права, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, а також фізичних осіб в установленому законом порядку, які можуть бути підтверджені;

6) виявлення фактів незаконного та нецільового використання коштів, виділених з державного бюджету на фінансування статутної діяльності політичних партій, шляхом використання їх на фінансування участі у виборах народних депутатів України, виборах Президента України, місцевих виборах або на цілі, не пов'язані із статутною діяльністю, а також фактів зарахування на окремий рахунок, відкритий для державного фінансування статутної діяльності політичних партій, інших коштів, ніж кошти державного бюджету, виділені на фінансування статутної діяльності партії.

Встановлення НАЗК наявності або відсутності фактів порушень законодавства щодо фінансування передвиборної агітації здійснюється шляхом аналізу даних про надання або отримання політичною партією, кандидати у депутати від якої зареєстровані в загальнодержавному окрузі, кандидатом у депутати в одномандатному окрузі фінансової (матеріальної) підтримки для здійснення передвиборної агітації або агітації із всеукраїнського або місцевого референдуму, зокрема, аналізу копій звітів про надходження і використання коштів виборчих фондів за джерелами їх формування, відповідності осіб, які зробили внески до виборчого фонду, вимогам Закону «Про політичні партії в Україні», відповідності розміру добровільного внеску особи до виборчого фонду його граничному розміру, встановленому Законом, відповідності розміру виборчого фонду граничному розміру, встановленому законодавством.

У Висновку НАЗК про проведення аналізу Звіту політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру відображаються виявлені порушення під час проведення аналізу Звіту з посиланням на порушені правові норми конкретних нормативно-правових актів. Звертаємо увагу, що слідчому, прокурору необхідно вивчати такий Висновок у повному обсязі щодо всіх виявлених НАЗК порушень, а не тільки дані, які вказують на наявність ознак злочинів, передбачених ст. 159-1. Це може сприяти розслідуванню цих злочинів, тому що дані про наявність фактів та

обставини інших правопорушень можуть виступити інформаційною основою для побудови версій щодо характеру та ступеню участі під час вчинення злочину керівника партії, головного бухгалтера, інших осіб, які відповідають за ведення бухгалтерського обліку, керівників місцевих організацій партії, розпорядників рахунків виборчого фонду, фонду референдуму. Модель розподілу ролей при вчиненні адміністративних та інших порушень законодавства може зберігатися й під час вчинення злочинів. Аналогічний підхід має бути й до вивчення результатів аналізу таких звітів органами ЦВК, РП.

Висновки контролюючих органів виступають основою для визначення переліку документів, інших матеріальних об'єктів, які можуть мати значення речових доказів у кримінальному провадженні, їх місцезнаходження, правових підстав доступу до них (містять або ні охоронювану законом таємницю). Якщо контролюючий орган разом із документом, у якому містяться висновки щодо наявності ознак злочинів, передбачених ст. 159-1, не передав інші документи в оригіналах чи копіях, на даних яких вони ґрунтуються, то оптимальним є здійснення тимчасового доступу до цих документів. Ця процесуальна дія у значній мірі сприятиме економії процесуальних строків, тому що слідчий одержить можливість предметно вивчити конкретні результати здійснених контролюючим органом перевірок і у підсумку визначити документи, які необхідно вилучити, матеріальні об'єкти, які треба оглянути, та на які накласти арешт.

Проведенням витребування, тимчасових доступів до речей і документів, а за наявності для цього підстав – обшуків, мають бути одержані такі **документи:**

- витяг з Єдиного реєстру громадських формувань МЮ щодо реєстрації політичної партії;
- витяг з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань щодо реєстрації політичної партії, її місцевої організації як юридичних осіб;
- документи, які містять відомості про політичну партію, її керівний склад, які зберігаються у реєстраційній справі політичної партії у МЮ, про місцеву організацію політичної партії, її керівний склад у реєстраційній справі у територіальних органах МЮ;
- копія рішення ЦВК щодо проведення відповідних виборів, всеукраїнського, місцевого референдумів;
- рішення НАЗК щодо державного фінансування статутної діяльності політичної партії у поточному році та документи, які підтверджують переведення цих коштів ДК на рахунок політичної партії;
- заява та інші документи, на підставі яких відкритий у банківській установі рахунок (політичної партії, місцевої організації політичної партії, накопичувальний, поточний рахунок виборчого фонду, фонду референдуму), через які здійснювалися фінансові операції;
- виписка з рахунку політичної партії, її місцевої організації, виборчого фонду, за період, за який був поданий звіт, у якому виявлені контролюючим органом недостовірні відомості, а також за календарний рік (для визначення перевищення граничного розміру грошового внеску);
- первинні документи із банківської установи, на підставі яких проведені фінансові операції протягом календарного року із зарахування грошового внеску від фізичної особи, представника юридичної особи на рахунок політичної партії, її місцевої організації, рахунок виборчого фонду (накопичувального, поточного), фонду референдуму, у т.ч. заява фізичної особи чи представника юридичної особи до платіжного документа на здійснення грошового внеску на підтримку політичної партії до установи банку України чи відділення зв'язку;
- копії документів фізичної особи, копії реєстраційних документів та витяг з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань щодо юридичної особи, які здійснили внески;
- фінансові звіти політичної партії, її місцевої організації, розпорядника рахунків виборчого фонду, фонду референдуму щодо використання одержаних ними внесків (підтримки) з додатками до них, які були подані до контролюючих органів;
- бухгалтерські та інші документи (угоди, проектна документація тощо) політичної партії, місцевої організації партії, у яких відображені надходження і використання коштів виборчих фондів політичної партії, її місцевих організацій, які в установленому порядку набули статусу юридичної особи, кандидата від політичної партії (місцевої організації партії) на відповідних загальнодержавних або місцевих виборах, фонду референдуму;
- бухгалтерські та інші документи юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців, які виконували

роботи, надавали товари, послуги на користь політичної партії, її місцевої організації, виборчого фонду, фонду референдуму.

У якості свідків щодо обставин встановлених під час досудового розслідування порушень вимог законодавства стосовно порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму **допитують** співробітників контролюючого органу, які відповідали за виділення державного фінансування статутної діяльності політичної партії у поточному році, здійснювали перевірку фінансового звіту. Про одержання та використання політичною партією, фондом референдуму коштів, виконання робіт, надання товарів, послуг як свідків допитують членів політичної партії, працівників виборчого фонду, фонду референдуму, осіб, які відповідають за ведення бухгалтерського обліку політичної партії, щодо яких не має даних про їх співучасть у скоєнні злочинів, пов'язаних із порушенням порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму. Також як свідки мають бути допитані фізичні особи, керівники та співробітники юридичних осіб, які виконували роботи, надавали товари, послуги на користь політичної партії, її місцевої організації, виборчого фонду, фонду референдуму, щодо яких у фінансовий звіт були внесені недостовірні відомості.

У кримінальних провадженнях щодо умисного отримання внеску на користь партії від особи, яка не має права здійснювати такий внесок, або у великому розмірі, умисного отримання у великому розмірі фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, умисного отримання такої фінансової (матеріальної) підтримки від особи, яка не має права надавати таку фінансову (матеріальну) підтримку, як свідки допитуються особи, які надали цей внесок (підтримку), щодо його розміру, обставин здійснення, а також щодо поінформованості осіб, які вчинили ці протиправні дії, передбачені у ч. 2 ст. 159-1, про наявність заборон фізичній чи юридичній особі здійснювати такі внески (підтримку).

У кримінальних провадженнях, в рамках яких розслідується вимаганням внеску чи фінансової (матеріальної) підтримки у здійсненні передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, має бути допитана особа, на яку був здійснений вплив з метою примусу їх до відповідних внесків (підтримки). Також як свідки допитуються особи, яким відомо від потерпілого про обставини вимагання такого внеску чи фінансової (матеріальної) підтримки.

Після одержання документів призначається бухгалтерська **експертиза** для встановлення дотримання вимог законодавства щодо використання державного фінансування статутної діяльності політичної партії, обмежень у сумі внесків за рік від однієї фізичної чи юридичної особи, різниці між даними, які містяться у фінансовому звіті, у бухгалтерських та інших документах політичної партії, виборчого фонду, фонду референдуму та у документах юридичних, фізичних осіб, які виконували роботи, надавали товари, послуги на користь політичної партії, її місцевої організації, виборчого фонду, фонду референдуму. За необхідності призначається техніко-криміналістична, почеркознавча експертизи документів, які мають значення речових доказів у кримінальному провадженні.

За наявності достатніх доказів особам повідомляється про підозру, приймається рішення щодо обрання ним запобіжного заходу, здійснюється їх допит щодо обставин, які підлягають доказуванню, наведених у загальних положеннях методики розслідування, виходячи із різновиду вчиненого ними злочину, кримінальна відповідальність за який передбачена у ст. 159-1. Накладається арешт на рахунок політичної партії, її місцевої організації.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 159-1 КК, отримані в результаті розповсюдження через засоби масової інформації даних одержаних громадськими організаціями, окремими громадськими активістами, журналістами або їх звернень до правоохоронного органу.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР підлягає **допиту** як свідок особа, яка повідомила про вчинений злочин, щодо відомих їй обставин вчинення протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 159-1, щодо джерел, з яких їй про це стало відомо, проведеного нею дослідження фінансування політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму, а також місцезнаходження документів, які підтверджують її показання.

Документи, які наявні у особи або у інших осіб, на які свідок вказав як на першоджерела одержаних ним відомостей та документів, проведенням **тимчасового доступу** мають бути вилучені. Особи, які надали свідку документи, мають бути щодо змісту та походження цих документів також допитані як свідки.

Оптимальним для з'ясування наявності ознак злочину, передбаченого ст. 159-1, у цій слідчій ситуації є здійснення перевірки фінансових звітів політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму слідчим самостійно і шляхом звернення до відповідного контролюючого органу. Алгоритм таких дій слідчого щодо встановлення факту вчинення цього злочину в цілому відповідає прикладам, описаним щодо першої слідчої ситуації, характерної для досудового розслідування кримінальних проваджень за ст. 159-1.

7.3. Підкуп виборця (ст. 160) *(К. Задоя)*

Положення ст. 160 ґрунтуються на заборонах підкупу виборців та учасників референдуму, передбачених ч. 2 ст. 6 Закону «Про вибори Президента України», ч. 2 ст. 6 Закону «Про вибори народних депутатів України», ч. 3 ст. 6 Закону «Про місцеві вибори».

У ст. 160 встановлено кримінальну відповідальність за кілька окремих типів поведінки, які умовно можна назвати:

1) пасивним підкупом виборця, учасника референдуму (ч. 1);

2) активним підкупом виборця, учасника референдуму (частини 2, 4);

3) непрямим підкупом виборців, учасника референдуму (частини 3, 4).

При цьому перший та другий типи поведінки являють собою зустрічні та погоджені дії суб'єктів злочину.

Предмет злочину.

Щодо змісту поняття ***«неправомірна вигода»***, яке вживається у ст. 160, – див. ст. 364-1 і коментар до неї.

У примітці до ст. 160 вказано, що неправомірною вигодою визнаються блага, вартість яких перевищує 3% розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Це означає, що для цілей статті неправомірна вигода може мати або суто майновий характер, або ж «змішаний» (частково майновий, а частково немайновий характер) – наприклад, виборцю за голосування за певного кандидата пропонуються гроші в розмірі понад 3% розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб, а також – сприяння у працевлаштуванні.

Якщо розмір неправомірної вигоди, яка була надана виборцю чи учаснику референдуму (була одержана ним), виявився меншим за розмір неправомірної вигоди, що пропонувалася чи обіцялася (пропозиція чи обіцянка якої була прийнята виборцем чи учасником референдуму), то скоєне є закінченим злочином, якщо розмір запропонованої чи обіцяної неправомірної вигоди (пропозиція чи обіцянка якої була прийнята) перевищив 3% розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Факт надання (одержання) вигоди в меншому розмірі, аніж передбачала домовленість, на кваліфікацію не впливає.

> *Слід визнати правильним інкримінування Білгород-Дністровським міськрайонним судом Одеської області закінченого прийняття пропозиції та одержання виборцем неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 160 КК) особі, що погодилась за загальну вигоду в розмірі 1000 грн. змінити місце постійної реєстрації та проголосувати за певного кандидата на виборах до селищної ради, але реально отримала лише половину від обумовленої суми (вирок в справі №495/8010/15-к від 9 листопада 2015 р.).*

У разі пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди кільком виборцям чи учасникам референдуму при кваліфікації слід виходити з її сукупного розміру.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого частинами 1 і 2 ст. 160 КК.

Щодо змісту таких характеристик пасивного підкупу виборця, учасника референдуму як «прийняття пропозиції», «прийняття обіцянки», «одержання», а також таких характеристик активного підкупу як «пропозиція», «обіцянка», «надання» – див. коментар до ст. 354.

Положення частин 1 та 2 ст. 160 сформульовані непослідовно під кутом зору питання про можливість вчинення пасивного підкупу на користь третьої особи: ч. 1 ст. 160 це прямо обумовлює, але ч. 2 ст. 160 не говорить про відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди не виборцю чи учаснику референдуму, а пов'язаній з ним третій особі. Узгоджене тлумачення частин 1 та 2 ст. 160 вимагає охоплення ознаками активного підкупу виборця чи учасника референдуму й активного підкупу пов'язаної з ним третьої особи.

Кримінальна відповідальність за пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди та, відповідно, їх прийняття, надання неправомірної вигоди та її одержання обумовлюється у частинах 1, 2 ст. 160 вчиненням чи невчиненням виборцем (учасником референдуму) дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним свого виборчого права (права брати участь у референдумі). Причому перелік таких дій є вичерпним: 1) відмова від участі в голосуванні; 2) голосування на виборчій дільниці (дільниці референдуму) більше одного разу; 3) голосування за окремого кандидата на виборах; 4) відмова від такого голосування; 5) передання виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі) іншій особі.

У частинах 1, 2 ст. 160 підкреслюється, що відповідальність настає незалежно від фактичного волевиявлення особи та результатів голосування. Це означає, що вчинення чи невчинення виборцем, учасником референдуму дій, за які йому надається неправомірна вигода, не охоплюється відповідними складами злочинів і не повинно братися до уваги при кримінально-правовій кваліфікації дій суб'єктів.

Прикладом правильного застосування кримінального закону в цьому аспекті може бути згаданий вище вирок Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області в справі №495/8010/15-к від 9 листопада 2015 р.

Так само при кваліфікації не слід брати до уваги такі обставини як: а) наявність у виборця (учасника референдуму) реальної можливості вчинити або не вчинити дії, про які йдеться в ч. 1 ст. 160; б) намір виборця (учасника референдуму) вчиняти або не вчиняти такі дії на момент прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди, або її одержання.

Активний та пасивний підкуп виборців у розумінні частин 1, 2 ст. 160 треба відрізняти від ***непрямого підкупу виборців чи учасників референдуму***, що полягає в передвиборній агітації чи агітації з референдуму, яка супроводжується наданням коштів або безоплатно чи на пільгових умовах товарів, послуг, робіт, цінних паперів, кредитів, лотерейних білетів, інших матеріальних цінностей. Ці блага при здійсненні непрямого підкупу можуть безпосередньо надаватися виборцю чи учаснику референдуму, однак їхня передача не обумовлюється вчиненням чи невчиненням цими особами будь-яких дій, зазначених у частинах 1, 2 ст. 160. При цьому окремі прояви непрямого підкупу виборців та учасників референдуму є кримінально караними самі по собі (див. коментар до ч. 3 ст. 160).

Суб'єктивна сторона і суб'єкт злочину, передбаченого частинами 1 і 2 ст. 160 КК.

З суб'єктивної сторони активний і пасивний підкуп виборця чи учасника референдуму характеризуються прямим умислом.

Суб'єкт активного підкупу виборця чи учасника референдуму загальний. Суб'єкт пасивного підкупу – спеціальний (виборець або учасник референдуму).

Виборцем є особа, яка має право голосу на виборах, а учасником референдуму – особа, що має право голосу на референдумі. Відповідно до ст. 70 Конституції право голосу на виборах та референдумі має громадянин України, що на день проведення виборів досяг 18 років та не визнаний недієздатним. Невключення особи до Державного реєстру виборців або до списку виборців чи учасників референдуму на конкретній дільниці не означає, що така особа не має правового статусу виборця чи учасника референдуму.

Оскільки законодавством не регламентований порядок проведення всеукраїнського та місцевого референдумів, то в частині підкупу учасників референдуму положення частин 1, 2 ст. 160 нині є «мертвими».

Не може визнаватись виконавцем злочину, передбаченого ч. 2 ст. 160 особа, що сама не вчиняли активного підкупу виборців чи учасників референдуму, але схилили до цього інших осіб чи керували їх діями. Залежно від фактичних обставин дії таких особи повинні кваліфікуватись як організація злочину або підбурювання до злочину.

Наприклад, не можна погодитись з рішенням Острозький районний суд Рівненської області, який засудив за ч. 4 ст. 160 кандидата на місцевих виборах, що безпосередньо не підкуповував виборців, але схилив до цього іншу особу та виділив їй для цього грошові кошти (вирок в справі №567/123/16-к від 3 березня 2016 р.).

Особа, яка сприяла в досягненні домовленості між виборцем чи учасником референдуму та суб'єктом, що вчиняє їх активний підкуп, або іншим чином сприяла у вчиненні злочину (наприклад, передаючи неправомірну вигоду), є пособником у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 160 або

ч. 2 ст. 160 (залежно від того, до кого із суб'єктів є ближчим пособник). Наприклад, пособником є особа, яка на прохання кандидата на виборах організувала масовий захід, на якому відбувався підкуп виборців.

Складні випадки кваліфікації злочину.

Коли неправомірну вигоду пропонують, обіцяють, надають виборцю або учаснику референдуму, а також коли такі особи приймають пропозицію, обіцянку чи одержують неправомірну вигоду за такі діяння, пов'язані з безпосередньою реалізацією виборчого права або права голосу, що самі по собі відповідають ознакам іншого складу злочину, скоєне потребує кваліфікації за сукупністю злочинів.

Наприклад, якщо виборець одержав неправомірну вигоду за голосування на виборчій дільниці більше одного разу та вчинив обіцяне, він підлягає кримінальній відповідальності за ч. 1 ст. 160 і ч. 1 ст. 158-1, а дії особи, що надала неправомірну вигоду, слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 160 і ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 158-1.

Склади злочинів, передбачені ч. 1 та 2 ст. 160, є суміжним щодо складів злочинів, передбачених, відповідно, статтями 354, 368, 368-3, 369, за особливостями змісту об'єктивної сторони та характеристиками суб'єкта пасивного підкупу.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 3 ст. 160 КК.

У ч. 3 ст. 160 встановлено кримінальну відповідальність за окремі порушення при здійсненні передвиборної агітації (агітації з референдуму), а саме за прояви так званого ***непрямого підкупу виборців***, які полягають у наданні підприємствам, установам, організаціям:

1) неправомірної вигоди;

2) безоплатно товарів (крім товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вартість яких не перевищує розміру, встановленого законодавством), робіт, послуг.

З огляду на те, що порядок проведення всеукраїнського та місцевого референдумів чинним законодавством не регламентований, в аспекті відповідальності за порушення порядку здійснення агітації з референдуму ч. 3 ст. 160 на даний момент застосовуватися не може.

Щодо змісту поняття ***«неправомірна вигода»*** – див. вище. ***Товарами*** є матеріальні та нематеріальні активи, у т.ч. земельні ділянки, земельні частки (паї), цінні папери та деривативи (п. 14.1.244 ПК), а ***роботами*** – виготовлення, обробка, переробка, ремонт речі чи інша подібна діяльність (ч. 2 ст. 837 ЦК). Щодо змісту поняття ***«послуги»*** див. коментар до ст. 364-1.

Безоплатно наданими підприємствам, організаціям та установам є: 1) товари, що надаються згідно з договорами дарування, іншими договорами, за якими не передбачається грошова або інша компенсація вартості таких товарів чи їх повернення, або без укладення таких договорів; 2) роботи (послуги), що виконують (надають) без висування вимоги щодо компенсації їх вартості; 3) товари, передані юридичній особі на відповідальне зберігання й використані нею (п. 14.1.14 ПК).

Надані безоплатно товари, роботи та послуги, на відміну від неправомірної вигоди, можуть характеризуватись будь-якою вартістю. Якщо така вартість перевищує 3% розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб, то при формулюванні обвинувачення не слід указувати ще й на надання неправомірної вигоди, або лише на нього: за рішенням законодавця критерій безоплатності виокремлює товари, роботи та послуги з-поміж кола благ, які утворюють обсяг поняття «неправомірна вигода».

Кримінальна відповідальність не настає, якщо здійснення передвиборної агітації відбувається шляхом надання підприємствам, установам, організаціям безоплатно товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вартість яких не перевищує розміру, установленого законодавством. У виборчому законодавстві такий розмір може бути різним. Зокрема, у ч. 14 ст. 74 Закону «Про вибори народних депутатів України» йдеться про 3% мрзп, у ч. 4 ст. 60 Закону «Про місцеві вибори» – про 5% мрзп, а в Законі «Про вибори Президента України» взагалі не згадується про можливість легального надання підприємствам, установам, організаціям безоплатно товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії. Таким чином, для випадків виборів Президента України кримінально-правова заборона, передбачена ч. 3 ст. 160, набуває абсолютного характеру в частині безоплатного надання підприємствам, установам та організаціям товарів, робіт та послуг.

Щодо змісту ознаки ***«здійснення передвиборної агітації»*** – див. розділ VIII Закону «Про вибори Президента України», розділ IX Закону «Про вибори народних депутатів України», розділ VIII Закону «Про місцеві вибори».

Наданням неправомірної вигоди або товарів, робіт чи послуг підприємствам, установам, організаціям є передача благ, указаних у примітці до ст. 160: зарахування грошових коштів на рахунки, передача у власність рухомого чи нерухомого майна, здійснення на користь юридичних осіб певних послуг тощо. Причому кримінальна відповідальність настає, коли передачу відповідних благ суб'єкт розглядає й використовує як спосіб здійснення передвиборної агітації (агітації з референдуму).

Суб'єктивна сторона і суб'єкт злочину, передбаченого ч. 3 ст. 160 КК.

З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується лише прямим умислом.

Суб'єкт злочину – загальний.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

У ч. 4 ст. 160 передбачено кримінальну відповідальність за діяння, передбачені частинами 2 або 3 ст. 160, вчинені за наявності однієї чи кількох із таких кваліфікуючих ознак: 1) вчинення злочину повторно; 2) вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб; 3) вчинення злочину кандидатом на виборах, членом виборчої комісії чи комісії з референдуму, членом ініціативної групи референдуму, офіційним спостерігачем на виборах або референдумі; 4) вчинення злочину довіреною особою кандидата на виборах, представником політичної партії чи місцевої організації політичної партії у виборчій комісії чи комісії з референдуму, уповноваженою особою політичної партії чи місцевої організації політичної партії.

Щодо змісту кваліфікуючої ознаки ***«вчинення злочину повторно»*** див. ст. 32 КК і коментар до ст. 191.

Має визнаватись повторним вчинення злочину, передбаченого частинами 2 або 3 ст. 160, якщо перед цим особа вчинила злочин, передбачений ч. 1 цієї ж статті. Тобто, дії особи, яка спочатку одержала неправомірну вигоду як виборець за голосування за певного кандидата, а потім – надала неправомірну вигоду іншій особі за вчинення таких самих дій, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 160 і ч. 4 ст. 160.

Відповідно до п. 4 постанови ПВС «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» не може вважатися вчиненою повторно одночасна пропозиція чи обіцянка неправомірної вигоди або одночасне її надання декільком виборцям чи учасникам референдуму за вчинення чи невчинення ними будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією виборчого права або права голосу.

> *Онуфріївським районним судом Кіровоградської області було правильно кваліфіковано за ч. 2 ст. 160 КК дії особи, що одночасно запропонувала надати неправомірну вигоду двом виборцям (вирок в справі №399/629/15-к від 29 липня 2015 р.).*

Так само не можуть уважатись вчиненими повторно одночасна пропозиція або обіцянка неправомірної вигоди чи її надання одній і тій самій особі, а так само – одночасне прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди чи її одержання однією й тією самою особою за вчинення чи невчинення ними будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією виборчого права чи права на участь у референдумі щодо ***декількох*** виборів чи (та) референдумів (наприклад, виборів Президента України та місцевих виборів; виборів Президента України та всеукраїнського референдуму; всеукраїнського та місцевого референдуму).

Як продовжуваний злочин (ч. 2 ст. 32), а не як повторність злочинів слід розглядати вчинені в різний час, але в межах єдиного наміру пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди чи її надання різним виборцям або учасника референдуму за вчинення чи невчинення ними будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією виборчого права або права голосу.

> *Помилковим є інкримінування Шевченківським районним судом м. Чернівці ознаки «вчинення злочину повторно» трьом особам, які діючи за дорученням одного кандидата на виборах та в межах єдиного плану, вчинили пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди та її надання кільком десяткам виборців (вирок в справі №727/8656/15-к від 9 листопада 2015 р.).*

Щодо змісту ознаки ***«вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб»*** див. ч. 2 ст. 28 і коментар до ст. 191.

Якщо діяння, передбачене частинами 2 або 3 ст. 160, вчиняється спільно загальним суб'єктом та одним із суб'єктів, зазначених у ч. 4 ст. 160, то дії цих осіб слід кваліфікувати за ч. 4 ст. 160 з інкримінуванням кожній з них ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб». Якщо тлумачити ч. 4 ст. 160 буквально, ознака «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» не повинна інкримінуватись у подібних випадках, оскільки вона «пов'язана» з ознаками складів злочинів, передбачених частинами другою та третьою статті, а не з кваліфікуючими ознаками, що характеризують спеціального суб'єкта. Тим не менш, оскільки вчинення злочину спеціальним суб'єктом, передбаченим ч. 4 ст. 160, жодним чином не видозмінює об'єктивну сторону злочинів, передбачених частинами 2 і 3 цієї статті, це дозволяє розглядати і загального, і спеціального суб'єктів співвиконавцями злочину.

При тлумаченні передбачених у ч. 4 ст. 160 кваліфікуючих ознак, що характеризують **спеціального суб'єкта** злочину, слід мати на увазі таке:

1) ***кандидатами на виборах*** є кандидати у Президенти України, у народні депутати або у депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах, сільських, селищних рад кандидати на посаду сільського, селищного, міського голови, старости, тобто особи, що відповідно до Конституції та виборчого законодавства мають право бути обраними на тих або інших виборах та стосовно яких прийнято рішення про реєстрацію відповідною виборчою комісією. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 103 Основного Закону Президентом України може бути обраний громадянин України, який досяг тридцяти п'яти років, має право голосу, проживає в Україні протягом десяти останніх перед днем виборів років та володіє державною мовою. Реєстрація кандидатів на пост Президента України здійснюється ЦВК;

2) ***члени виборчих комісії*** та ***члени комісій з референдуму*** – це громадяни, включені у встановленому Конституцією та законодавством порядку до складу ЦВК або виборчих комісій чи комісій з проведення відповідного референдуму, утворених для проведення відповідних виборів;

3) ***офіційні спостерігачі на відповідних виборах*** – це громадяни, що відповідають визначеним законодавством вимогам, та зареєстровані відповідною виборчою комісією на виборах Президента України як офіційні спостерігачі від кандидатів на пост Президента України або партій (блоків), які висунули кандидата; на виборах народних депутатів України – як офіційні спостерігачі політичних партій, кандидатів у депутати або громадських організацій; на місцевих виборах – як офіційні спостерігачі від кандидатів або місцевих організацій партій, кандидати в депутати від яких зареєстровані в багатомандатних виборчих округах. Офіційні спостерігачі іноземних держав і міжнародних організацій відповідно до чинного законодавства не визнаються учасниками виборчого процесу і можуть лише вести спостереження за його ходом (ч. 1 ст. 68 Закону «Про вибори Президента України», ч. 2 ст. 77 «Про вибори народних депутатів України», ч. 1 ст. 64 «Про місцеві вибори»);

4) ***довіреними особами кандидатів на виборах*** є громадяни України, що відповідають визначеним законодавством вимогам, та зареєстровані відповідною виборчою комісією як довірені особи кандидатів на пост Президента України, у народні депутати України, кандидатів на місцевих виборах;

5) під ***представниками чи уповноваженими особами політичної партії, місцевої організації політичної партії*** у ч. 4 ст. 160 слід розуміти громадян України, що відповідають визначеним законодавством вимогам, та зареєстровані відповідною виборчою комісією як: уповноважені представники політичної партії, що висунула кандидата на виборах президента України; представники партій у ЦВК або уповноважені особи партій у загальнодержавному та одномандатних округах на виборах народних депутатів України; представники місцевих організацій партії в територіальних виборчих комісіях або уповноважені особи місцевих організацій партії у багатомандатному виборчому окрузі та територіальному виборчому окрузі.

6) з огляду на відсутність законодавства, яке регулює порядок проведення всеукраїнського та місцевого референдумів, обсяг понять «***члени ініціативної групи референдуму», «офіційний спостерігач на референдумі»*** на даний момент є невизначеним.

Звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання.

Особа, яка вчинила злочин, передбачений ст. 160, може бути звільненою:

1) від кримінальної відповідальності – у разі вчинення злочину, передбаченого будь-якою частиною ст. 160, на підставі ст. 49, якщо минуло три роки з дня вчинення злочину для випадків ч. 1

ст. 160, п'ять років – для випадків частин 2 та 3 ст. 160, десять років – для випадків ч. 4 ст. 160. Крім того, особа, які вчинила злочин, передбачений частинами 1, 2 або 3 ст. 160, може бути звільнена від кримінальної відповідальності на підставах, передбачених статтями 47-48, а особа, що вчинили злочин, передбачений ч. 1 ст. 160, – ще й на підставах, передбачених статтями 45-46;

2) від покарання – на підставах, передбачених частинами 4, 5 ст. 74, статтями 75, 79, 86.

Спеціальна конфіскація майна.

У випадку вчинення злочину, передбаченого частинами 2-4 ст. 160, суд може застосувати спеціальну конфіскація майна в силу загального правила, передбаченого ч. 1 ст. 96-1, оскільки санкції зазначених частин ст. 160 передбачають покарання у виді позбавлення волі.

Незаконно надані неправомірна вигода, товари, роботи чи послуги вилучаються на підставі п. 3 ч. 1 ст. 96-2 як майно, ***що було предметом злочину***. При цьому, оскільки діяння, за які встановлена відповідальність у частинах 2-4 ст. 160, завжди передбачають передачу певних благ іншій особі, з точки зору правил, передбачених ст. 96-2, це означає, що вилучення вказаних благ в особи, що їх одержала, завжди має розглядатись як **спеціальна конфіскація майна у третіх осіб**. Відповідно, у всіх цих випадках слід також додержуватись вимог ч. 4 ст. 96-2, у т.ч. й тоді, коли прийняття благ являє собою злочин, передбачений ч. 1 ст. 160, адже у зв'язку із вчиненням останнього злочину спеціальна конфіскація з огляду на ч. 1 ст. 96-1 не застосовується.

У тих випадках, коли майно було ***були використано*** (наприклад, виборець витратив одержану неправомірну вигоду на продукти харчування) або ***не можуть бути виділені*** з набутого законним шляхом майна (наприклад, виборець використав одержану неправомірну вигоду на ремонт будинку), суд в праві відповідно до ч. 2 ст. 96-2 винести рішення про конфіскацію ***грошової суми, що відповідає вартості*** незаконно наданих неправомірної вигоди, товарів, робіт або послуг.

Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 96-3 вчинення злочину, передбаченого ст. 160, є підставою для застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. При застосування зазначених заходів необхідно, зокрема, враховувати, що:

а) підставою для застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб насправді може бути не будь-який різновид злочину, а лише той із них, що передбачений ч. 1 ст. 160. Понад те, мова може йти лише про випадки, коли виборець чи учасник референдуму одержує неправомірну вигоду на користь третьої особи, якою і є відповідна юридична особа;

б) як наслідок, з точки зору п. 2 примітки до ст. 96-3 вчинення злочину в інтересах юридичної особи може виражатись лише в отриманні нею неправомірної вигоди;

в) виборець чи учасник референдуму повинен бути уповноваженою особою відповідної юридичної особи;

г) з огляду на положення статей 96-6, 96-8, 96-9, у випадку вчинення уповноваженою особою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 160, до юридичної особи може бути застосований будь-який із заходів кримінально-правового характеру, передбачених ч. 1 ст. 96-6;

ґ) застосування до юридичної особи спеціальної конфіскації у зв'язку із вчиненням злочину, передбаченого частинами 2, 3 або 4 ст. 160, слід розуміти як відшкодування розміру отриманої неправомірної вигоди в розумінні ч. 2 ст. 96-6.

7.4. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 160 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Вчинення злочинів, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 160, прямо пов'язане, зокрема, із проведенням призначених відповідно до законодавства виборів. Готування до їх вчинення передує виборам і пов'язане із формуванням грошових сум у готівці, яка буде передаватися виборцям, підприємствам, установам, організаціям, або для придбання товарів, які безоплатно будуть ним надаватися, підбором осіб, які будуть безпосередньо передавати неправомірну вигоду, тощо. І здійснюють такі дії особи, які діють в інтересах певної політичної партії, кандидата на виборах або у власних політичних інтересах.

Небезпека цих злочинів визначається, зокрема, тим, що грошові кошти, які виступатимуть як предмет неправомірної вигоди, поступають із незаконних джерел, у т.ч. внаслідок вчинення корупційних злочинів, і причетними до готування, безпосередньої організації, керівництва та здійснення підкупу виборців, учасників референдуму є далеко не одна особа.

В діях таких осіб мають місце ознаки вчинення передбачених у частинах 2, 3 ст. 160 злочинів за попередньою змовою групою осіб (ч. 4 ст. 160). Але, на жаль, документуються та притягаються до кримінальної відповідальності особи, які вчиняють протиправні дії, передбачені у частинах 1, 2, рідше у ч. 3 ст. 160, однак, осіб, які є організаторами, посередниками вчинення підкупу виборців майже не виявляють і вони залишаються у матеріалах кримінальних справ як невстановлені під час досудового розслідування.

Причинами цього можуть буди як заходи, до яких вдаються посередники у підкупі виборців з метою приховання своєї особистості для виконавців цього злочину (найчастіше це зміна прізвища, ім'я чи неповідомлення свого прізвища виконавцю), або ж бажання уникнути кримінальної відповідальності за ч. 4 ст. 160, який є тяжким злочином, затриманим виконавцем підкупу виборців, тобто він може умисно приховувати факт вчинення ними протиправних дій за попередньою змовою з іншими особами.

Важливість виявлення таких злочинів важко переоцінити, тому що особи, які здійснюють підкуп виборців, реалізуючи власні корисливі мотиви, не проявляючи своєї громадянської позиції щодо вільного волевиявлення на виборах, референдумі, ігноруючи демократичні принципи виборчого процесу в Україні та не зважаючи на інтереси нашого суспільства, можуть сприяти обранню до виборних органів державної влади, місцевого самоврядування осіб або прийняттю рішень через всеукраїнський або місцевий референдум, що не відповідають реальним соціально-політичним інтересам українського суспільства. Виходячи з того, що закономірним є вчинення підкупу виборців за попередньою змовою групою осіб при одержанні інформації щодо готування до вчинення надання виборцю чи учаснику референдуму неправомірної вигоди оперативному підрозділу, рекомендується заводити оперативно-розшукову справу або слідчому розпочинати кримінальне провадження за ч. 4 ст. 160 або перекваліфіковувати підкуп виборців з частин 2, 3 на ч. 4 ст. 160 за наявності для цього підстав. Це відкриє можливість застосувати весь арсенал оперативно-розшукових заходів по оперативно-розшуковим справам, негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальних провадженнях для виявлення та збирання доказів провини конкретних осіб у вчиненні цього злочину.

Стаття 160 містить описання декількох різновидів злочинів, пов'язаних із підкупом виборця, учасника референдуму, зміст обставин кожного з яких має свою специфіку.

По злочинах, передбачених у ч. 1 ст. 160, **з'ясуванню підлягає:**

- час, місце, спосіб прийняття пропозиції, обіцянки або одержання виборцем, учасником референдуму для себе чи третьої особи неправомірної вигоди;
- яка сума коштів чи інше майно, переваги, пільги, послуги або нематеріальні активи виступили як предмет неправомірної вигоди, їх джерело походження, характеристика та де знаходяться одержані гроші, нематеріальні активи, у чому втілилися результати використання переваг, пільг, послуг;
- відомості щодо особи виборця, який прийняв пропозицію, обіцянку або одержав неправомірну вигоду за вчинення чи невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним свого виборчого права або права голосу, а також відомості щодо третьої особи на користь якої була одержана виборцем неправомірна вигода, мотив її дій;
- відомості щодо особи, яка запропонувала, пообіцяла та надала неправомірну вигоду виборцю, учаснику референдуму;
- які дії фактично були вчинені виборцем, учасником референдуму щодо реалізації ним свого виборчого права або права голосу після прийняття пропозиції, обіцянки, одержання неправомірної вигоди.

Щодо вчинення злочинів, передбачених у ч. 2 ст. 160, **досліджуються:**

- час, місце, спосіб пропонування, обіцянки або надання виборцю чи учаснику референдуму неправомірної вигоди за вчинення або невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним свого виборчого права чи права на участь у референдумі;
- яка сума коштів чи інше майно, переваги, пільги, послуги або нематеріальні активи виступили як предмет неправомірної вигоди, їх джерело походження, характеристика та кому саме були вони надані як неправомірна вигода, у чому втілилися результати використання переваг, пільг, послуг;

- відомості щодо особи, яка запропонувала, пообіцяла, надала неправомірну вигоду виборцю, учаснику референдуму;

- відомості щодо особи виборця, який прийняв пропозицію, обіцянку або одержав неправомірну вигоду за вчинення чи невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним свого виборчого права або права голосу, а також відомості щодо третьої особи, на користь якої виборець, учасник референдуму одержав неправомірну вигоду;

- які дії фактично були вчинені особою, яка запропонувала, пообіцяла, надала неправомірну вигоду з метою здійснення контролю за виконанням виборцем, учасником референдуму дій, за які він одержав неправомірну вигоду.

По протиправних діях, передбачених у ч. 3 ст. 160, **з'ясовуються:**

- час, місце, спосіб здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємствам, установам, організаціям неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів, робіт, послуг;

- яка сума коштів, характеристика товарів, робіт, послуг, які були використані для неправомірної передвиборної агітації, джерело їх походження, щодо товарів, робіт, послуг – їх вартість, а також, що такі товари не містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, і вартість яких не перевищує розміру, встановленого законодавством;

- відомості щодо особи, яка надала неправомірну вигоду або надала безоплатно товари, роботи, послуги підприємству, установі, організації для здійснення неправомірної передвиборної агітації, мотиви її дій;

- відомості щодо підприємства, установи, організації та службової особи, яка одержала неправомірну вигоду для здійснення неправомірної передвиборної агітації;

- які дії фактично були вчинені особою, яка надала неправомірну вигоду, безоплатно товари, роботи, послуги, з метою здійснення контролю за здійсненням неправомірної передвиборної агітації на підприємстві, в установі, організації.

Для доказування у кримінальних провадженнях по ч. 4 ст. 160 на додаток до наведених вище обставин по злочинах, передбачених у частинах 2 або 3 цієї статті, **підлягають встановленню:**

- повторність вчинення злочину;

- наявність попередньої змови групи осіб на їх вчинення (час, місце, відомості щодо осіб, які попередньо домовилися про вчинення злочину, передбаченого у частинах 2, 3 ст. 160, хто був ініціатором змови, розподіл ролей та як це відбулося, хто які дії фактично вчинив та їх мотиви);

- що злочин, передбачений у частинах 2 або 3 ст. 160, вчинений членом виборчої комісії чи комісії з референдуму, членом ініціативної групи референдуму, кандидатом або його довіреною особою на виборах, представником політичної партії чи місцевої організації політичної партії у виборчій комісії чи комісії з референдуму, уповноваженою особою політичної партії чи місцевої організації політичної партії, офіційним спостерігачем на виборах або референдумі.

Під час досудового розслідування злочинів, передбачених у частинах 2–4 ст. 160, слідчому, прокурору рекомендується спрямовувати свої дії на з'ясування джерел фінансування підкупу виборців. Здійснення процесуальних дій в цьому напрямі може сприяти виявленню фактів вчинення злочинів, неправомірна вигода від яких була використана для підкупу виборців.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину, передбаченого ст. 160 КК, стало відомо із заяви виборця (учасника референдуму), який добровільно повідомив про звернення до нього особи з пропозицію або обіцянкою надати йому неправомірну вигоду.

Ця слідча ситуація сприяє перевірці повідомлених виборцем (учасником референдуму) даних про звернення до нього особи, яка запропонувала або пообіцяла йому надати неправомірну вигоду, шляхом документування протиправних дій останньої по наданню такої вигоди. У цьому випадку може плануватися та здійснюватися **тактична операція «Документування надання неправомірної вигоди виборцю (учаснику референдуму)».** Перелік процесуальних дій, які до неї можуть бути включені, залежить від того чи вбачаються у діях, про які повідомила правоохоронному органу особа, ознаки злочину, передбаченого частинами 1, 2 ст. 160 чи ч. 4 ст. 160.

При документуванні протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у частинах 1, 2 ст. 160, слідчому недоступні негласні слідчі (розшукові) дії, які можуть бути

використані для фіксування злочину, передбаченого у ч. 4 ст. 160, через те, що це злочин невеликої тяжкості. Виходячи з цього, слідчий після внесення відомостей до ЄРДР щодо цих злочинів може використовувати для збирання доказів такі **процесуальні дії:**

- допит як свідка особи про обставини її зустрічі з особою, яка запропонувала або пообіцяла надати неправомірну вигоду, у зв'язку із необхідністю вчинення чи невчинення дій пов'язаних з безпосередньою реалізацією нею свого виборчого права або права голосу (відмова від участі в голосуванні, голосування на виборчій дільниці (дільниці референдуму) більше одного разу, голосування за окремого кандидата на виборах або відмова від такого голосування, передання виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі) іншій особі) та у якій формі була запропонована неправомірна вигода, її розмір, де, коли та з ким саме буде зустріч виборця (учасника референдуму) для передачі їй неправомірної вигоди тощо;

- затримання особи після того як виборець (учасник референдуму) вкаже на неї, що вона надала неправомірну вигоду, та її особистий обшук з вилученням грошових коштів, які є підстави вважати, що вони призначені для підкупу виборців (учасників референдуму), письмових документів, мобільного телефону, які можуть містити відомості, що мають значення для кримінального провадження (телефонні контакти, смс-повідомлення, фотознімки виборців, документів, відеозаписи, листування у месенджерах Viber, WhatsApp, Telegram, тощо, пов'язані із підкупом виборців (учасників референдуму));

- затримання виборців, на яких вкаже особа, яким в її присутності була надана неправомірна вигода, та їх особистий обшук з вилученням предмету неправомірної вигоди, мобільного телефону, де можуть бути фотографії бюлетеню виборця, учасника референдуму;

- огляд місця надання неправомірної вигоди виборцю для фіксування місця вчинення злочину, а у випадках викидання особою, яка надала, одержала неправомірну вигоду, грошових коштів, документів – їх вилучення;

- огляд та вилучення предмету неправомірної вигоди, який був переданий виборцю (учаснику референдуму), який заявив про підкуп виборців;

- внесення відомостей до ЄРДР щодо вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 160, затриманими виборцями (учасниками референдуму);

- додатковий допит виборця (учасника референдуму), який заявив про звернення до нього особи із пропозицію або обіцянкою надати йому неправомірну вигоду, як свідка для фіксування обставин надання йому неправомірної вигоди затриманою особою, а також відомих йому обставин надання неправомірної вигоди іншим виборцям (учасникам референдуму);

- повідомлення затриманим особам про підозру, допит їх як підозрюваних та обрання запобіжних заходів;

- одночасний допит виборця (учасника референдуму), який заявив про підкуп виборців, та підозрюваного у випадках заперечення останнім факту надання неправомірної вигоди;

- здійснення тимчасового доступу до вмісту вилучених у підозрюваних мобільних телефонів та тимчасового доступу до документів мобільного оператора з метою одержання даних, які підтвердять факти спілкування між особами, які надали та одержали неправомірну вигоду. Проведенням цих процесуальних дій можна одержати відомості про зв'язки та зміст спілкування через смс-повідомлення, листування у месенджерах особи, яка надала неправомірну вигоду, та членами виборчого штабу, штабу агітації на референдуму, керівництвом місцевої організації партії, керівництвом партії, тощо, які можуть бути причетними до виявленого факту (фактів) підкупу виборців;

- накладення арешту на вилучений предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти;

- отримання зразків відбитків пальців рук підозрюваного;

- призначення дактилоскопічної для підтвердження факту передачі предмету неправомірної вигоди підозрюваним;

- додатковий допит підозрюваного з урахуванням результатів проведених ідентифікаційних експертиз.

Залежно від одержаних даних про причетність інших осіб до надання неправомірної вигоди виборцям (учасникам референдуму) здійснюються слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії, спрямовані одержання достатніх доказів для повідомлення ним про підозру.

Дії слідчого щодо перевірки заяви про вчинення злочину, передбаченого у ч. 3 ст. 160, після внесення відомостей до ЄРДР можуть включати:

- допит як свідка заявника про відомі йому обставини здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємству (установі, організації) неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів (крім товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вартість яких не перевищує розміру, встановленого законодавством), робіт, послуг;

- тимчасовий доступ до мобільного телефону заявника за наявності в його пам'яті фотознімків, відеозаписів, які містять відомості щодо фактів здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємству (установі, організації) неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів, робіт, послуг;

- тимчасовий доступ до речей, одержаних заявником на підприємстві (в установі, організації) наданих при здійсненні передвиборчої агітації;

- обшук на підприємстві (установі, організації) з метою виявлення та вилучення бухгалтерських та інших документів щодо надання без законних на то підстав майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, грошових коштів, виконання робіт, надання товарів, а також грошових коштів у готівці та наданих товарів. З'ясування проведенням обшуку відсутності таких документів треба розглядати як позитивний результат, тому що цей факт виступатиме підтвердженням незаконності надання майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, грошових коштів, виконання робіт;

- огляд приміщень підприємства (установи, організації) з метою фіксування результатів виконання як незаконної передвиборної агітації (агітації референдуму) робіт, надання послуг, переваг, пільг;

- накладення арешту на вилучені матеріальні об'єкти;

- допити як свідків співробітників підприємства (установи, організації) щодо обставин здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємству (установі, організації) неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів, робіт, послуг;

- здійснення тимчасового доступу до документів юридичної особи, фізичної особи – підприємця, у яких відображене проведення ними робіт, надання товарів, послуг, а за наявності для цього підстав для вилучення цих документів може бути проведений обшук;

- допити як свідків керівників, співробітників юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців, щодо надання підприємству (установі, організації) товарів, послуг, виконання робіт, тощо, якщо не має підстав для підозри їх у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 160;

- призначення бухгалтерської експертизи з метою встановлення порушень на підприємстві (в установі, організації) у обліку наданих переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, грошових коштів, виконання робіт, а за необхідності експертиз, проведенням яких можна здійснити оцінку вартості майна, виконаних робіт, нематеріальних активів, тощо (товарознавчу, оціночно-будівельну, об'єктів інтелектуальної власності);

- проведення обшуку у житлі чи іншому володінні особи, яка надала неправомірну вигоду підприємству (установі, організації), безоплатно товари, роботи, послуги при здійсненні передвиборної агітації (агітації референдуму), а також у приміщеннях де розташовані виборчий штаб (штаб агітації референдуму), у складських приміщеннях з метою вилучення документів, інших матеріальних об'єктів, які мають значення для кримінального провадження;

- повідомлення про підозру особі, яка вчинила дії, кримінальна відповідальність за які передбачена у ч. 3 ст. 160, обрання їй запобіжного заходу та допит як підозрюваного.

Значно більше можливостей надає чинний КПК для документування надання неправомірної вигоди, яке підпадає під ознаки, передбачені у ч. 4 ст. 160. Тут у розпорядженні слідчого є різноманітний арсенал негласних слідчих (розшукових) дій. До **тактичної операції «Документування надання неправомірної вигоди виборцю (учаснику референдуму)»**, після внесення відомостей до ЄРДР та допиту як свідка виборця (учасника референдуму), який заявив про звернення до нього особи з пропозицію або обіцянкою надати йому неправомірну вигоду, можуть бути включені:

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування виборця (учасника референдуму) з особою, яка буде надавати неправомірну вигоду. Якщо номер мобільного телефону особи, яка буде надавати неправомірну вигоду, відомий, то здійснюється зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж по цьому номеру для одержання даних щодо його можливих співучасників;

- спостереження за особою, яка буде надавати неправомірну вигоду, для встановлення її співучасників, з якими вона контактуватиме у публічно доступних місцях;

- аудіо-, відеоконтроль особи, який проводиться разом зі спеціальним слідчим експериментом, для

фіксування спілкування між виборцем (учасником референдуму) та особою, яка надає неправомірну вигоду, щодо уточнення умов надання неправомірної вигоди та факту надання виборцю (учаснику референдуму), а за можливості й іншим виборцям (учасникам референдуму) неправомірної вигоди;

- спеціальний слідчий експеримент під час якого здійснюється контроль за наданням особою предмету неправомірної вигоди виборцю (учаснику референдуму);

- затримання осіб, які вчинили злочин, в порядку ст. 208 КПК та її обшук;

- огляд місця надання неправомірної вигоди;

- проведення обшуку житла чи іншого володіння підозрюваних, місць їх роботи, зокрема й приміщень де розміщений передвиборчий штаб (штаб агітації по референдуму), місцева організація політичної партії, тощо для вилучення речей і документів, які мають значення для кримінального провадження;

- додатковий допит виборця (учасника референдуму) як свідка щодо обставин надання йому неправомірної вигоди;

- допити як свідків понятих, які були присутні під час огляду місця події, обшуків, у т.ч. обшуків затриманих осіб;

- витребування документів, які підтверджують, що особа, яка надала неправомірну вигоду виборцю (учаснику референдуму) є членом виборчої комісії чи комісії з референдуму, членом ініціативної групи референдуму, кандидатом або його довіреною особою на виборах, представником політичної партії чи місцевої організації політичної партії у виборчій комісії чи комісії з референдуму, уповноваженою особою політичної партії чи місцевої організації політичної партії, офіційним спостерігачем на виборах або референдумі;

- повідомлення особам про підозру, їх допит, обрання ним запобіжних заходів;

- за наявності для цього підстав накладається арешт на рахунок політичної партії, її місцевої організації, рахунок виборчого фонду, фонду референдуму, юридичної особи, через яку надавалася неправомірна вигода;

- одночасні допити свідків та підозрюваних за наявності протиріч у їх показаннях;

- накладення арешту на вилучені під час огляду предмети неправомірної вигоди та інші матеріальні об’єкти, які мають значення для кримінального провадження (документи, у яких містяться відомості про організацію та контроль за використанням грошових коштів для підкупу виборців, мобільні телефони, тощо);

- дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів під час проведених негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 266 КПК);

- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності, процесуальних рішень та протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- отримання зразків відбитків пальців рук підозрюваного та призначення дактилоскопічної експертизи для підтвердження факту передачі предмету неправомірної вигоди підозрюваним;

- отримання зразків почерку підозрюваного, осіб, щодо яких є відомості про їх можливу причетність до вчинення підкупу виборців, та призначення почеркознавчої експертизи документів, які містять записи щодо організації та контролю за використанням грошових коштів для підкупу виборців.

Після одержання всіх доказів особам, які вчинили злочин, передбачений ч. 4 ст. 160, повідомляється остаточна підозра, здійснюється її допит з урахуванням зібраних доказів.

До матеріалів кримінального провадження за ст. 160 мають бути долучені засвідчені копії рішень уповноважених органів щодо проведення відповідних виборів, референдуму.

2. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 160 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

У виявленні злочинів, передбачених частинами 1–3 ст. 160, які не є тяжкими, оперативні підрозділи обмежені у своїй діяльності тільки заходами, передбаченими у пунктах 1, 4–6, 12–16, 18–20 ч. 1 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність». Як правило, такі заходи є результативними при їх реалізації в умовах взаємодії зі слідчим у день голосування на виборах (референдумі).

Важливим є використання фактору раптовості, завдяки якому несподіваність дій співробітників оперативного підрозділу та слідчого для осіб, які його вчинили, може сприяти визнанню ними своєї вини.

Слідчий разом зі співробітниками оперативного підрозділу, використовуючи дані, одержані в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів, спрямованих на виявлення фактів підкупу виборців, здійснюють затримання осіб, які вчинили злочин, передбачений частинами 1–3 ст. 160. Вносяться відомості до ЄРДР, і подальші процесуальні дії, які можуть бути проведені під час досудового розслідування, в цілому відповідають наведеним для попередньої слідчої ситуації.

3. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 160 КК, отримані в результаті скерування ЦВК або її територіальних органів матеріалів звернення від суб'єкта виборчого процесу, проведення референдуму щодо фактів підкупу виборців, учасників референдуму чи оприлюднені у засобах масової інформації.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР підлягають **допиту** як свідка особа, яка повідомила ЦВК або її територіальні органи, засіб масової інформації щодо відомих їй обставин вчинення протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 160, щодо джерел, з яких їй про це стало відомо, а також місцезнаходження документів, які підтверджують її показання.

Документи, наявні у особи або у інших осіб, на які свідок вказав як на першоджерела одержаних ним відомостей та документів, проведенням **тимчасового доступу** мають бути вилучені. Особи, які надали свідку документи, мають бути щодо змісту та походження цих документів також допитані як свідків. Така слідча ситуація є складною для доказування обставин підкупу виборців (учасника референдуму), особливо щодо злочинів, передбачених у частинах 1, 2 ст. 160. Подія одержання та надання неправомірної вигоди виборцю (учаснику референдуму) вже відбулася і за відсутності свідків-очевидців, фіксування цих фактів, наприклад, офіційним спостерігачем за допомогою акту про виявлення порушення виборчого законодавства (законодавства про референдум), який оформлений у встановленому законом порядку, а також за допомогою відеозапису, довести винність осіб у цих злочинах дуже складно.

Якщо такі свідки, акт про виявлення порушення виборчого законодавства, законодавства про референдум та відеозапис є, це не гарантує успіх у розслідуванні для сторони обвинувачення. Зміст показань свідків та відеозапису можуть бути малоінформативними, такими що не дозволяють ідентифікувати осіб, які одержували та надавали неправомірну вигоду, встановити зміст та мету їх спілкування, факт передачі матеріального об'єкту виборцю (учаснику референдуму) та його властивості як предмету неправомірної вигоди. У випадках, коли є свідки-очевидці, вони мають бути допитані.

Тимчасовим доступом до речей і документів вилучається у володільця, тобто відповідної виборчої комісії оригінал акту про виявлення порушень виборчого законодавства (законодавства про референдум), відеозапис, який зробив, наприклад, офіційний спостерігач, підкупу виборців (учасників референдуму) разом із його носієм.

Слідчий у взаємодії зі співробітниками оперативного підрозділу вживають заходи, спрямовані на розшук осіб, зафіксованих на відеозаписі, вказаних у акті про виявлення порушень виборчого законодавства (законодавства про референдум), встановлення їх особи. Збираються необхідні матеріали та призначається фоноскопічна та портретна **експертизи** з метою ідентифікації осіб, які зафіксовані на відеозапису. Після цього можуть бути зібрані достатні докази для повідомлення про підозру особам, які надали та одержали неправомірну вигоду.

Менш проблемним є різновид цієї слідчої ситуації, коли одержане повідомлення про підкуп виборців, передбачений у ч. 3 ст. 160. Виходячи із особливостей вчинення такого злочину, імовірність наявності джерел доказів, достатніх для прийняття рішення щодо притягнення особи до кримінальної відповідальності, є значно вищою. Такими є співробітники підприємства (установи, організації), де здійснювалася передвиборна агітація (агітація референдуму) у заборонених ч. 3 ст. 160 формах, фактична наявність у підприємства (установи, організації) матеріальних об'єктів, які виступили предметом неправомірної вигоди, результатів виконаних робіт, послуг, бухгалтерської та іншої документації підприємства (установи, організації), інших юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців, у яких відображені чи навпаки не відображені, хоча мало би бути відображеними ці факти.

Алгоритм таких дій слідчого щодо встановлення факту вчинення цього злочину в цілому відповідає прикладам, описаним щодо першої слідчої ситуації, характерної для досудового розслідування кримінальних проваджень за ч. 3 ст. 160.

7.5. Контрабанда, вчинена службовою особою з використанням службового становища (ч. 2 ст. 201 КК) *(О. Дудоров)*

Обов'язкові ознаки злочину.

Обов'язковими ознаками вказаного різновиду злочину є:

1) предмет – культурні цінності, отруйні, сильнодіючі, вибухові речовини та радіоактивні матеріали, зброя та боєприпаси (крім гладкоствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї), частини вогнепальної нарізної зброї, спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації;

2) дія – переміщення зазначених предметів через митний кордон України, який виступає місцем вчинення злочину;

3) спосіб – згадане переміщення поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, поєднане з використанням службового становища;

4) суб'єкт – спеціальний (службова особа);

5) вина у формі прямого умислу.

Предмет злочину.

Предмети контрабанди поділяються на дві групи:

1) предмети, переміщення яких через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю утворює склад злочину, передбаченого ст. 201, у т.ч. її ч. 2;

2) предмети, незаконне переміщення яких через митний кордон України кваліфікується за ст. 305 (наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги, прекурсори; фальсифіковані лікарські засоби).

Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю предметів за винятком тих, які безпосередньо названі в статтях 201 і 305, є, за загальним правилом, адміністративним правопорушенням і має кваліфікуватись за статтями 482, 483 МК.

У ст. 201-1[1] встановлено кримінальну відповідальність за переміщення через митний кордон України[2] поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України. Однією з кваліфікуючих ознак цього злочину є вчинення його службовою особою з використанням влади чи службового становища (ч. 2 ст. 201-1). Ознаки складу злочину, передбаченого ст. 201-1, можуть вбачатись, зокрема, у випадку, коли предмети, зазначені в цій кримінально-правовій нормі, вивозяться за межі митної території України під виглядом деревини паливної.

Якщо незаконне переміщення товарів (наприклад, пально-мастильних матеріалів, морепродуктів, зернових культур, тютюнових або алкогольних виробів) через митний кордон України поєднується з ухиленням від сплати обов'язкових платежів, які стягуються органом доходів і зборів, входять у систему оподаткування і безпосередньо пов'язані з переміщенням товарів через митний кордон (йдеться про мито, ПДВ і акцизний податок), то вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 212 як ухилення від сплати податків і зборів або за ст. 222 як шахрайство з фінансовими ресурсами (декларування товарів під іншим кодом УКТ ЗЕД, умисне заниження митної вартості, повідомлення інших завідомо недостовірних відомостей під час митного оформлення товарів, зокрема, про країну походження, митний режим, належність і мету використання тощо).

Об'єктивна сторона злочину.

Під ***переміщенням*** з погляду кваліфікації за ст. 201 треба розуміти ввезення на митну територію України, вивезення з цієї території або транзит через територію України певних предметів. Вони

---

[1] Включення цієї статті до КК є фрагментарним (стосовно окремих предметів) вирішенням проблеми рекриміналізації «товарної контрабанди», відповідальність за вчинення якої було скасовано на підставі Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15.11.2011.

[2] При цьому регулятивне законодавство (передусім Закон «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів» від 8.09.2005 р.), з метою забезпечення виконання положень якого КК доповнено ст. 201-1, забороняє лише вивезення за межі митної території України (експорт) зазначених предметів. Було б, однак, неправильно (виходячи з того, що КК не може визнавати злочинними різновиди поведінки, дозволені регулятивним законодавством) стверджувати, що ввезення на митну територію України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів і пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев не може кваліфікуватись за ст. 201-1 КК, бо й такі (на сьогодні малоймовірні) дії, зважаючи на їхній спосіб, заборонені чинним законодавством.

можуть бути переміщені через сухопутний, морський або повітряний кордон як разом з особами, які його перетинають, так і окремо від них (наприклад, у випадку відправлення предметів у несупроводжуваному багажі, вантажних або поштових відправленнях).

Порушення встановленого порядку переміщення товарів до району або з району проведення антитерористичної операції[1] визнається адміністративним проступком (ст. 204-3 КАП). Причому предметом цього проступку частково можуть бути й предмети, вказані у ст. 201 (наприклад, культурні цінності або сильнодіючі лікарські засоби), однак інкримінування кримінально-правової норми про контрабанду виключається через відсутність у цьому разі такого місця, як митний кордон України[2]. Водночас слід визнавати контрабандою ввезення на тимчасово окуповану територію України з території РФ предметів, зазначених у ст. 201.

Переміщення предметів ***поза митним контролем*** (ст. 482 МК) означає їхнє переміщення:

1) поза місцем розташування органу доходів і зборів.

> *Одна із схем «товарної контрабанди» полягає в тому, що в нейтральні води України заходять танкери з пально-мастильними матеріалами, до яких підходять невеликі за ємністю судна, що без жодного розмитнення забирають цей товар, який потім потрапляє до автозаправних станцій[3];*

2) поза робочим часом, установленим для такого органу, і без виконання митних формальностей;

3) із незаконним звільненням від митного контролю внаслідок використання службового становища посадовою особою органу доходів і зборів[4].

Звідси випливає, що для наявності зазначеного способу контрабанди (а точніше його варіанту 3) не обов'язково, щоб відповідна службова особа переміщувала предмети контрабанди через митний кордон – достатньо встановити, що вона всупереч інтересам служби не виконала дії з проведення митного контролю, що забезпечило безперешкодне проходження певних предметів через митний кордон (наприклад, не здійснюється належний огляд завантаженого товарами транспортного засобу, який за супровідними документами вважається порожнім). У розглядуваній ситуації посадова особа органу доходів і зборів виконує частину об'єктивної сторони складу злочину «контрабанда» у вигляді незаконного звільнення безпосереднього виконавця від належного митного контролю[5] при переміщенні ним предметів злочину через митний кордон. У зв'язку з цим поведінка такої службової особи виходить за межі фізичного пособництва (ч. 5 ст. 27) і має розцінюватись як співвиконавство контрабанди, що, своєю чергою, зобов'язує кваліфікувати вчинене за ч. 2 ст. 201 (за ознакою використання службовою особою свого службового становища).

Переміщення предметів ***з приховуванням від митного контролю*** (ст. 483 МК) – це їхнє переміщення:

1) з використанням спеціально виготовленого сховища (тайника);

2) з використанням інших засобів або способів, що утруднюють виявлення предметів. До вказаних засобів і способів слід відносити, зокрема: а) засоби і способи, використання яких не дозволяє виявити предмети, що незаконно переміщуються через митний кордон, шляхом звичайного візуального огляду

---

[1] Постанова КМ «Про затвердження Порядку переміщення товарів до району або з району проведення антитерористичної операції» №99 від 1.03.2017 р.; наказ Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України «Про затвердження Переліку та обсягів товарів, дозволених для переміщення до/з гуманітарно-логістичних центрів та через лінію зіткнення» №39 від 24.03.2017.

[2] Оскільки тимчасово окупована територія є невід'ємною частиною території України (ч. 1 ст. 1 Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014), то переміщення відповідних предметів з підконтрольної Україні території на тимчасово окуповану територію і навпаки не вважається контрабандою. Про схеми нелегальної торгівлі з ОРДЛО див.: Перетинаючи межу: нелегальна торгівля з окупованим Донбасом, що підриває оборону: звіт Незалежного антикорупційного комітету з питань оборони (НАКО). К., 2017. 59 с. (https://nako.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Peretynayuchy-mezhu.-Nelehalna-torhivlya-z-okupovanym-Donbasom-scho-pidryvaje-....pdf).

[3] Україна без контрабанди: Гройсман оприлюднив план боротьби зі схемами на митниці https://newstime.in.ua/ukrayina-bez-kontrabandi-grojsman-oprilyudniv-plan-borot-bi-zi-shemami-na-mitnitsi.

[4] Виокремлення такого різновиду переміщення предметів поза митним контролем може розцінюватись як реакція законодавця на корумпованість органів, уповноважених здійснювати митний контроль.

[5] Форми, в яких здійснюється митний контроль, визначені у ст. 335 МК. Це, зокрема, перевірки документів і відомостей, митний огляд предметів, їхній облік, усне опитування громадян та посадових осіб підприємств, проведення документальних перевірок дотримання вимог законодавства, направлення запитів до інших суб'єктів для встановлення автентичності документів. Митний контроль здійснюється відповідно до типових технологічних схем митного контролю, затверджених КМ.

та (або) без звернення до спеціальних технічних засобів контролю[1]; б) такі варіанти переміщення через митний кордон, коли характеристики предмета не передбачають його розміщення в тому місці, в якому він був виявлений;

3) шляхом надання одним предметам вигляду інших. Йдеться про істотну заміну зовнішніх характерних ознак предметів, а також їхньої тари, упаковки, ярликів, етикеток тощо, що дозволяє віднести предмети контрабанди до предметів іншого виду[2].

> *Апеляційний суд м. Києва зробив висновок про відсутність складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 483 МК, у діях Марілени Пізуто, затриманої в аеропорту «Київ» при спробі вилетіти чартерним рейсом до Мілану. Суд послався, серед іншого на те, що розміщення італійкою грошей (230 тис. євро та понад 783 тис. доларів США) у коробках з-під взуття торговельної марки «SANAHUNT» не може розцінюватись як надання одним предметам вигляду інших та, відповідно, не охоплюється поняттям приховування товару від митного контролю;*

4) з поданням органу доходів і зборів як підстави для переміщення предметів через митний кордон певних документів: а) підроблених; б) одержаних незаконним шляхом, тобто одержаних за відсутності законних підстав або з порушенням встановленого порядку (наприклад, у результаті надання уповноваженій особі як підстави для видачі документів завідомо неправдивих відомостей, шляхом застосування фізичного або психічного насильства або внаслідок зловживання службовою особою своїм службовим становищем чи службової недбалості); в) що містять неправдиві дані (щодо ваги, кількості асортименту, найменування, вартості предметів, інших характеристик, щодо суті угоди, відправника або одержувача предметів, щодо держави, з якої вони вивезені або в яку переміщуються).

Під час здійснення митних процедур службові підроблення можуть вчинятись, наприклад, шляхом безпідставного підтвердження особистим підписом посадової особи органу доходів і зборів та відбитком печатки цього органу недостовірних або неповних відомостей у митних деклараціях, внесення неправдивих відомостей до автоматизованих систем обліку зовнішньоекономічних операцій. Може мати місце також підроблення дозвільних документів.

Підставою для переміщення предметів через митний кордон є визначені нормативно-правовими актами документи, без яких неможливо одержати дозвіл органу доходів і зборів на пропуск предметів через митний кордон. Зокрема, це можуть бути митна декларація, товарно-транспортні документи (коносамент, накладна тощо), дозвіл відповідних уповноважених органів[3]. Питання, чи можна було без того чи іншого документа отримати дозвіл на переміщення предметів через митний кордон, чи перешкоджала його відсутність винесенню органом доходів і зборів рішення про пропуск через митний кордон, а отже, чи були підстави визнавати відповідний документ підставою для переміщення предметів через митний кордон, потрібно вирішувати у кожному конкретному випадку і залежно від цього давати кримінально-правову оцінку вчиненому.

Одним із документів, подання яких органу доходів і зборів за наявності підстав може означати приховування від митного контролю при вчиненні злочину, передбаченого ст. 201-1, є сертифікат про походження лісоматеріалів і виготовлених з них пиломатеріалів[4]. Внесення неправдивих відомостей

---

[1] Запорізькою митницею ДФС було припинено спробу вивезення за межі України 1, 2 тонн бурштину, прихованого у мішках з пресованими та гранульованими паливними гранулами (пелетами) з тирси хвойних порід (Україна без контрабанди. Результати боротьби з ухиленням від сплати митних платежів: звіт ДФС України (http://sfs.gov.ua/data/files/227915.pdf)).

[2] Колішний В. Гроші в чоботях. Закон і Бізнес. 21–27 січня 2017 р., №1301; Суд повернув скандальні «гроші SANAHUNT», бо не побачив контрабанди (http://www.pravda.com.ua/news/2017/01/13/7132334).

Погоджуючись з відсутністю у цьому разі «камуфлювання справжності» (як його приклади можна навести зафарбування олійною фарбою посуду, виготовленого із дорогоцінного металу, надання антикварній чаші, яка є історичною цінністю, вигляду звичайного посуду шляхом обмазування її глиною і нанесення на неї звичайного малюнку чи орнаменту, надання ювелірним виробам вигляду малоцінної біжутерії тощо), слід водночас критично оцінити твердження суду про безпідставність визнання розглядуваних дій приховуванням товару від митного контролю у розумінні ч. 1 ст. 483 МК. Адже розміщення іноземної валюти в опечатаних коробках з-під взуття, вочевидь, охоплюється поняттям використання інших засобів або способів, що утруднюють виявлення предметів, як іншого (альтернативного «камуфлюванню справжності») різновиду приховування товару від митного контролю.

[3] Наприклад: постанова КМ «Про затвердження зразка свідоцтва на право вивезення (тимчасового вивезення) культурних цінностей з території України» №984 від 20.07.2000; Інструкція про порядок оформлення права на вивезення, тимчасове вивезення культурних цінностей та контролю за їх переміщенням через державний кордон України. Затв. наказом МКМ №258 від 22.04.2002.

[4] Див.: Тимчасовий порядок видачі сертифіката про походження лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів для здійснення експортних операцій. Затв. постановою КМ №1260 від 21.12.2005 р.; постанова КМ «Деякі питання видачі сертифіката

щодо характеристик переміщуваних через митний кордон предметів у такий сертифікат, інше його підроблення потребує додаткової кваліфікації за відповідними частинами статей 358, 366.

Якщо службова особа, яка вчинила службове підроблення, передала іншій особі завідомо неправдивий документ, усвідомлюючи, що той використовуватиметься для вчинення контрабанди, що згодом і мало місце, то дії такої службової особи мають кваліфікуватись не лише за ст. 366, а й за ч. 5 ст. 27, ст. 201 як пособництво контрабанді.

Для інкримінування ч. 2 ст. 201 за ознакою використання службовою особою службового становища потрібно встановити, що це становище використовувалось належним суб'єктом для незаконного переміщення ним відповідних предметів через митний кордон України, а не для сприяння такому переміщенню, вчинюваному іншими особами. Якщо ж мала місце друга ситуація, і при цьому був відсутній такий різновид переміщення поза митним контролем, як незаконне звільнення від митного контролю внаслідок використання службового становища посадовою особою органу доходів і зборів, то скоєне: а) немає підстав розцінювати як контрабанду, вчинену службовою особою з використанням службового становища (бо у такому разі відсутнє виконання об'єктивної сторони складу цього злочину або хоча б співвиконавство); б) слід кваліфікувати за ч. 5 ст. 27, ст. 201 як пособництво контрабанді (усунення перешкоди) і додатково – як відповідний злочин у сфері службової діяльності (зокрема, ст. 364 або ст. 365).

Наприклад, посадова особа органу доходів і зборів під час проведення митного контролю, діючи умисно, не звертає уваги на недостовірність наданих документів або приймає до митного оформлення підроблені документи.

Взагалі зловживання посадовою особою органу доходів і зборів своїм службовим становищем може бути пов'язане з такими основними етапами митних процедур, як митний контроль, митне оформлення та справляння митних платежів.

Якщо умисел відповідного суб'єкта, спрямований на заниження розміру митних платежів, неналежне проведення митного контролю тощо, встановити не вдалося, то вчинене може розцінюватись як службова недбалість (ст. 367).

> *Під час судового розгляду кримінального провадження за ч. 2 ст. 364 і ч. 2 ст. 366 прокурор змінив обвинувачення, перекваліфікувавши на ч. 2 ст. 367 дії головного державного інспектора митного поста «Чернігів-вантажний» Чернігівської митниці ДФС С. Останній оформив у режимі «митний склад» нафтопродукти вагою 1 860 500 кг на загальну суму 8 477 956, 04 грн., що надійшли для переробки на митну територію України за угодою між підприємствами «Ksandro Enterprise Ltd» (Британські Віргінські острови) та ПАТ «Одеський нафтопереробний завод». У подальшому невстановленими особами нафтопродукти були вивезені зі складу в невідомому напрямі. З метою створення вигляду подальшого переміщення цього пального до Південної митниці ДФС С. здійснив митне оформлення вказаного вантажу за його фактичної відсутності. Зазначений вантаж до пункту митного призначення (Південної митниці ДФС) не прибув, митний режим товарів змінений не був; як наслідок, до Державного бюджету не надійшло обов'язкових платежів на суму 2 422 697, 96 грн. Очевидно, що зазначеної перекваліфікації дій митника не сталося, якби в його діях вдалося встановити умисел.*
>
> *Ще один приклад зловживання службовим становищем, якому чомусь було надано вигляд службової недбалості, пов'язаний з кримінально-правовою оцінкою дій головного інспектора відділу митного оформлення митного поста «Іллічівськ» Південної митниці ДФС. При проходженні митного контролю контейнерів з акустичним обладнанням спрацювала Автоматична система аналізу й управління митними ризиками, що є підставою для обов'язкового проведення митного огляду вантажу. Однак інспектор склав акти митного огляду без його фактичного проведення і здійснив митне оформлення контейнерів згідно із заявленою у вантажній митній декларації митною вартістю товару. Внаслідок вказаних злочинних дій сума обов'язкових митних платежів була занижена на 1 174 373 грн.*[1].

про походження лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів» №826 від 16.10.2015; наказ Держкомлісгоспу «Про затвердження форми Сертифіката про походження лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів для здійснення експортних операцій та Інструкції про заповнення Сертифіката про походження лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів для здійснення експортних операцій» №528 від 7.09.2007.

[1] Виклад. за: Олійник Д.О. Запобігання корупційним злочинам, що вчиняються при здійсненні митних процедур: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Х., 2018. С. 54–55, 57.

Якщо контрабандист домовляється з посадовою особою органу доходів і зборів, іншою службовою особою про незаконне переміщення через митний кордон певних предметів, надаючи (обіцяючи, пропонуючи) неправомірну вигоду, то його дії слід кваліфікувати не лише за ст. 201, а й за ст. 369. Дії службової особи у такому разі потребують додаткової кваліфікації за ст. 368.

Неправомірна вигода у зв'язку з проходженням митних процедур може одержуватись, зокрема, за приховування митного шахрайства та інших митних правопорушень, безперешкодне проходження (пришвидшення) митного контролю і митного оформлення товарів і транспортних засобів, пропуск через митний кордон України предметів контрабанди та інших заборонених до ввезення на митну територію України предметів.

Зазначене приховування здійснюється шляхом: заниження бази оподаткування і зменшення суми нарахованих митних платежів; підтвердження недостовірно заявленої митної вартості товарів; фальсифікації обставин митного оформлення; підтвердження завідомо неправильного митного режиму для надання податкових пільг; надання розстрочення та відстрочки сплати митних платежів.

Наприклад, посадові особи Одеської митниці ДФС упродовж 2012–2014 рр., зловживаючи службовим становищем, за фальсифікованими документами незаконно оформлювали вантажі з нафтопродуктами в митному режимі «транзит», хоч насправді нафтопродукти зберігалися на сховищах у восьми областях України і протиправно реалізовувалися на внутрішньому ринку. Внаслідок такої злочинної діяльності до Державного бюджету України не надійшло понад 1,2 млрд. грн. обов'язкових платежів[1]. За іншими даними, підконтрольна С. Курченку компанія «ВЕТЕК» протягом 2012–2014 рр. завезла на територію України понад 5 млн. тонн нафтопродуктів на суму 36 млрд. грн. для їх переробки та подальшого «реекспорту» за кордон. Збитки держави внаслідок використання схеми під назвою «перерваний транзит» становили 7 млрд. грн.[2]

За результатами журналістського розслідування програми «Гроші» було викрито корупційну схему начальника Київської регіональної митниці Т., за сприяння якого фірма «Тріумф-СВ», засновниками якої є його рідний і двоюрідний брати, упродовж 2016 р. здійснила митне оформлення понад 5 тис. вантажів на митному посту «Столичний» із заниженням сум обов'язкових платежів, у результаті чого бюджет недоотримав мільйони грн.[3]

Серед інших митних правопорушень, зокрема, такі, як: приховування товарів від митного контролю; недекларування або недостовірне декларування товарів; порушення вимог митних режимів; неправомірне застосування пільг; порушення порядку проходження митного контролю в зонах (коридорах) спрощеного митного контролю; недотримання заборон і обмежень на переміщення товарів.

У зв'язку з обмеженням предмета контрабанди як злочину зазначені і подібні зловживання посадової особи органу доходів і зборів далеко не завжди можуть розцінюватись як пособництво у злочині, передбаченому ст. 201, однак у будь-якому разі вони слугують підставою для інкримінування норм розділу XVII Особливої частини КК[4].

Контрабанда є злочином з формальним складом і визнається закінченою з моменту фактичного перетину предметом злочину митного кордону. При цьому не має значення, чи перетинала митний кордон України особа, яка у відповідний спосіб перемістила предмет злочину. До визначення моменту закінчення контрабанди потрібно підходити диференційовано і враховувати те, відбувається ввезення чи вивезення предметів злочину. Дії, пов'язані зі спробою вивезення предметів з митної території і не доведені до кінця з причин, що не залежали від волі винуватого (наприклад, предмети контрабанди виявлено під час огляду речей або особистого огляду до моменту фактичного переміщення їх через митний кордон), мають розцінюватись як незакінчений замах на вчинення злочину. Якщо предмети ввозяться на митну територію України, то факт закінченої контрабанди встановлюється під час

---

[1] Одеських митників викрили на розкраданні нафти за «схемою Курченка» (Tyzhdenua/News/18463)

[2] Схемы против Независимости. 26 примеров системной коррупции в Украине. http://project.liga.net/projects/corruption_schemes

[3] Журналісти викрили корупційну схему столичного митника на десятки мільйонів гривень (https://tsn.ua/kyiv/zhurnalisti-vikrili-corupciynu-shemu-stolichnogo-mitnika-na-desyatki-milyoniv-griven-810738.html).

[4] За результатами розслідування німецького видання «Süddeutsche Zeitung» встановлено, що внаслідок корупції на митницях Україна щорічно втрачає приблизно 4 млрд. євро (https://www.dw.com/ru/украина-теряет-4-миллиарда-евро-в-год-из-за-коррупции-на-таможне/a-44962680).

проходження митного контролю, який здійснюється вже після того, як предмети злочину перетнули митний кордон, що дозволяє констатувати закінчення розглядуваного злочину, а тому виключає можливість добровільної відмови.

Створення умов для контрабанди (придбання предметів для подальшого незаконного переміщення їх через кордон, підшукування клієнтів, визначення шляхів переміщення предметів, надання їм іншого вигляду, внесення неправдивих відомостей у відповідні документи тощо) треба розглядати як готування до цього злочину (ст. 14, ст. 201)

> *Саме готування до контрабанди зброї, а не закінчений замах на цей злочин вбачається в діях особи, затриманої в м. Ужгород після придбання нею вогнепальної зброї (5 пістолетів марки «ФОРТ») для їхнього подальшого незаконного переміщення через митний кордон з України в одну з країн Євросоюзу. Інкримінування цій особі ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 201 (вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 24 січня 2018 р.[1] є помилковим, бо вчинене засудженим немає підстав визнавати виконанням об'єктивної сторони складу злочину «контрабанда».*

Дії співробітників ДФС і ДПкС, які задля покращання показників своєї службової діяльності схиляють до вчинення контрабанди інших осіб з метою їх подальшого викриття, мають розцінюватись як підбурювання до розглядуваного злочину (ч. 4 ст. 27, ст. 201)[2], а за наявності підстав – додатково як злочин у сфері службової діяльності.

> *За ч. 3 ст. 27, ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 201 як організацію закінченого замаху на контрабанду культурних цінностей кваліфікував Чернівецький районний суд Вінницької області (вирок від 29 червня 2017 р.) дії суб'єкта, який, маючи на меті поліпшення показників у роботі свого знайомого – співробітника ДПкС, домовився з іншою особою про незаконне переміщення нею за грошову винагороду двох ікон через митний кордон України в пункті пропуску «Могилів-Подільський – Отач»[3].*

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом розглядуваного різновиду контрабанди є службова особа.

Поняття ***службової особи*** розкривається у частинах 3 і 4 ст. 18.

У контексті відповідальності за ч. 2 ст. 201 йдеться, зокрема, про службових осіб, які за родом своєї службової діяльності перетинають митний кордон, уповноважені здійснювати контроль за переміщенням предметів через митний кордон або охороняти державний кордон, звільнені від певних форм митного контролю[4]. Водночас слід мати на увазі, що формулювання, закріплене у коментованій кримінально-правовій забороні, не дає підстав для обмежувального тлумачення ознак відповідного спеціального суб'єкта – віднесення до службових осіб, які вчиняють контрабанду з використанням службового становища, саме і лише тих, хто здійснює митний контроль (їхніх керівників) або не підлягає йому.

Якщо контрабандою займається службова особа з використанням свого службового становища (наприклад, працівник органу доходів і зборів, військовослужбовець-прикордонник, капітан судна, начальник потягу, дипломатичний працівник, керівник транспортного підприємства або митного брокера[5], народний депутат України), то дії такої особи кваліфікуються лише за ч. 2 ст. 201 і не потребують додаткової кваліфікації за нормами КК про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності.

---

[1] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71796740

[2] Особа, яка підбурила іншу особу вчинити діяння, яке є злочином, визнається співучасником такого злочину і підлягає відповідальності за тією ж статтею КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. Ч. 4 ст. 27 (і це важливо в аспекті кримінально-правової оцінки у т.ч. провокаційної поведінки) нічого не говорить про спільність мотивів, які спонукали підбурювача і виконавця взяти участь у вчиненні злочину. Слід також мати на увазі, що співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації злочину використовують підбурювача, можуть розглядатись і як організатори спровокованого злочину, оскільки вони щонайменше керують підготовкою цього підбурювача, розробляють план вчинення злочину тощо.

[3] ЄДРСР: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67443668. На жаль, у цьому вироку відсутня інформація про кримінально-правове реагування на поведінку згаданого співробітника ДПкС.

[4] Так, особистому огляду (одна з форм митного контролю) не підлягають Президент України, Голова ВР, народні депутати України, Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр України, Голова та судді ВС, Голова та судді КС, Міністр закордонних справ України, Генеральний прокурор України та члени їхніх сімей, які прямують разом з ними (ч. 9 ст. 340 МК).

[5] Митний брокер – це підприємство, що надає послуги з декларування товарів, транспортних засобів комерційного призначення, які переміщуються через митний кордон України (ч. 1 ст. 416 МК).

Пособником контрабанді слід визнавати, зокрема, експерта, який дає завідомо неправдивий висновок, усвідомлюючи, що це потрібно для наступного незаконного переміщення культурної цінності через митний кордон України. Дії такої особи мають кваліфікуватись за ч. 5 ст. 27, ст. 201, а за наявності підстав – і за відповідною нормою розділу XVII Особливої частини КК.

Ті працівники транспортних засобів, які не є службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття (провідники вагонів залізниці, члени паровозних бригад, члени екіпажів літаків або суден, водії автотранспортних засобів тощо), незважаючи на те, що їхні професійні функції можуть полегшити вчинення контрабанди, виконавцями розглядуваного різновиду злочину не визнаються і можуть нести відповідальність за ст. 201 як загальні суб'єкти.

Якщо службова особи вчиняє контрабанду, не використовуючи при цьому своє службове становище (наприклад, намагається незаконно перемістити через митний кордон України певні предмети, рухаючись при цьому як звичайний громадянин смугою спрощеного митного контролю «зелений коридор»), то підстав інкримінування їй ч. 2 ст. 201 немає (якщо відсутні інші кваліфікуючі ознаки контрабанди).

Особа, яка вчинила злочин передбачений ч. 2 ст. 201 (особливо тяжкий злочин), **звільняється від кримінальної відповідальності** у зв'язку із закінченням строку давності (він становить п'ятнадцять років), а також звільняється від покарання на підставі ч. 5 ст. 74 і за амністією (ст. 86).

У випадку вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 201, відповідно до ст. 96-1 і ст. 96-2 застосовується **спеціальна конфіскація.**

7.6. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 201 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Узагальнення слідчої та судової практики розслідування контрабанди, кримінальна відповідальність за яку передбачена у ст. 201, свідчить, що найбільш розповсюдженим є виявлення фактів використання службовою особою свого службового становища для сприяння переміщенню іншими особами через митний кордон України поза митним контролем або приховуванню від митного контролю культурних цінностей, сильнодіючих речовин, зброї або боєприпасів, частин вогнепальної нарізної зброї. Значно меншу кількість складають випадки, коли було встановлено, що службова особа виступила організатором чи співвиконавцем вчинення таких протиправних дій, або сприяла незаконному переміщенню отруйних речовин, радіоактивних матеріалів, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації.

Під час виявлення та подальшого фіксування в рамках кримінального провадження вчинення контрабанди службовою особою митниці, ДПкС з використанням службового становища співробітники оперативного підрозділу, слідчі, прокурори мають завжди враховувати нормативні приписи ст. 4 КПК у зв'язку з тим, що окремі пункти митного контролю на виконання міждержавних угод про здійснення спільного митного контролю службовими особами органів доходів і зборів можуть знаходитися на території іншої держави.

Ця обставина впливає на те, що здійснення оперативно-розшукових заходів, процесуальних дій, у т.ч. негласних слідчих (розшукових) дій, відносно службових осіб вітчизняних органів доходів і зборів, а також відносно їх співучасників на території такого пункту спільного митного контролю є можливим тільки в рамках надання міжнародної правової допомоги відповідними правоохоронними органами іншої держави. Щоби правильно визначити як межі територіальної юрисдикції вітчизняних органів досудового розслідування, так і момент та місце затримання підозрюваних у вчиненні контрабанди, слідчий, прокурор повинні попередньо з'ясувати розташування лінії митного кордону України, через яку буде відбуватися незаконне переміщення матеріальних об'єктів, кримінальна відповідальність за що передбачена у ст. 201.

Документування такого різновиду контрабанди може ускладнюватися тим, що її вчинення службовою особою митниці, ДПкС вимагає максимальної конспірації підготовки та проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчим та співробітниками оперативного підрозділу при взаємодії зі службовими особами підрозділів органів доходів і зборів та ДПкС.

Важливим для оптимальної організації розслідування контрабанди, вчиненої службовою особою з використанням службового становища, є чітке уявлення слідчого, прокурора про обставини, які

підлягають доказуванню з урахуванням особливостей способів вчинення контрабанди, передбачених ст. 201.

Для доказування вчинення контрабанди шляхом переміщення матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, через митний кордон України поза митним контролем важливе значення має **встановлення:**

- розташування лінії митного кордону України, митниці, зони митного контролю (тобто місця, визначеного органами доходів і зборів в пунктах пропуску через державний кордон України або в інших місцях митної території України, в межах якого органи доходів і зборів здійснюють митні формальності);

- дані щодо пункту пропуску через митний, державний кордон, офіційного періоду робочого часу для здійснення митного оформлення на конкретному пункті пропуску, часу початку та закінчення фактичного митного оформлення у добу, коли відбулося переміщення предметів контрабанди;

- відомості про службову особу та її повноваження, використовуючи які вона забезпечила (намагалася забезпечити) переміщення матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, через митний кордон України поза митним контролем, мотиви її дій;

- відомості про співучасників службової особи, хто, які дії за попередньою домовленістю вчинив, обставини попередньої змови на вчинення контрабанди (час, місце, хто ініціатор, як визначалися та розподілялися ролі між співучасниками), мотиви їх дій;

- ознаки предмету контрабанди, тобто дані, які вказують що він є матеріальним об'єктом, який має культурну цінність, є отруйною, сильнодіючою, вибуховою речовиною, радіоактивним матеріалом, зброєю або боєприпасами (крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї), частиною вогнепальної нарізної зброї, спеціальним технічним засобом негласного отримання інформації, та кому він належить;

- місце, з якого почалося переміщення предмету контрабанди, кінцевий пункт його доставки та кому він призначався;

- час та місце перетинання предметом контрабанди митного кордону України у вантажному відправленні, супроводжуваному чи несупроводжуваному багажі, тілі, одязі особи;

- рішення, які були прийняті, дії, які були вчинені службовою особою з метою забезпечення незаконного переміщення матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, через митний кордон України поза митним контролем, та час їх вчинення (яке рішення, у якій формі було прийняте для звільнення вантажу (відправлення) від митного контролю, відсутність законних підстав для прийняття такого рішення, які дії були вчинені службовою особою митниці, ДПкС під час перевезення предмету контрабанди з метою недопущення здійснення митного контролю іншими службовими особами);

- ким, коли, у який спосіб був виявлений предмет контрабанди;

- чи знала особа, яка переміщувала виявлені матеріальні об'єкти, перелік яких наведений у ч. 1 ст. 201, що вони знаходяться у її вантажі, супроводжуваному, несупроводжуваному багажі;

- розташування місця затримання підозрюваного, який перевозив предмет контрабанди, виявлення предмету контрабанди відносно лінії митного кордону України;

- вартість предмета контрабанди.

Для доказування вчинення контрабанди шляхом переміщення матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, через митний кордон України з приховуванням від митного контролю мають бути одержані **відомості щодо:**

- розташування лінії митного кордону України, митниці, зони митного контролю;

- пункту пропуску через державний кордон та митниці, офіційного періоду робочого часу для здійснення митного оформлення на конкретному пункті пропуску, часу початку та закінчення фактичного митного оформлення у добу, коли відбулося переміщення предметів контрабанди;

- службової особи та її повноважень, використовуючи які вона забезпечила (намагалася забезпечити) не виявлення матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, під час здійснення митного контролю, мотиви її дій;

- співучасників службової особи, хто, які дії за попередньою домовленістю вчинив, обставин попередньої змови на вчинення контрабанди (час, місце, хто ініціатор, як визначалися та розподілялися ролі між співучасниками), мотиви їх дій;

- ознак предмету контрабанди, тобто дані які вказують що він є матеріальним об'єктом, який має культурну цінність, є отруйною, сильнодіючою, вибуховою речовиною, радіоактивним матеріалом,

зброєю або боєприпасами (крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї), частиною вогнепальної нарізної зброї, спеціальним технічним засобом негласного отримання інформації, та кому він належить;

- ознак та факту виготовлення тайника (де, коли, хто його виготовив), закладення у нього предмету контрабанди (де, коли та хто це здійснив), або спосіб приховування реальних ознак предмету контрабанди;

- місця, з якого почалося переміщення предмету контрабанди, кінцевий пункт його доставки та кому він призначався;

- поінформованості особи, яка переміщувала виявлені матеріальні об'єкти, перелік яких наведений у ч. 1 ст. 201, що вони знаходяться у її вантажі, супроводжуваному, несупроводжуваному багажі;

- часу та місця перетинання митного кордону України предмету контрабанди у вантажному відправленні, супроводжуваному чи несупроводжуваному багажі, тілі, одязі особи;

- не декларування предмету контрабанди;

- рішення, які були прийняті, дії, які були вчинені службовою особою з метою забезпечення незаконного переміщення матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, через митний кордон України з приховуванням від митного контролю, та час їх вчинення (яке рішення, у якій формі було прийняте для дозволу на переміщення предмету контрабанди через митний кордон, відсутність законних підстав для прийняття такого рішення, які документи були підроблені для забезпечення переміщення предмету контрабанди через митний кордон, які дії були вчинені службовою особою під час перевезення предмету контрабанди з метою недопущення його виявлення іншими службовими особами, які здійснюють разом з нею митний, прикордонних контроль);

- законних підстав та порядку переміщення через митний кордон матеріальних об'єктів, які були переміщені як контрабанда;

- службових осіб, які виявили предмет контрабанди, коли та у який спосіб був виявлений предмет контрабанди;

- розташування місця затримання підозрюваного, виявлення предмету контрабанди відносно лінії митного кордону України;

- вартості предмету контрабанди.

Окремим напрямом під час розслідування контрабанди матеріальних об'єктів, перелік яких наведений у ч. 1 ст. 201, є встановлення джерела їх походження. Важливість результативного відпрацювання цього напряму визначається тим, що це дозволяє припинити продовження незаконного обігу інших культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї або боєприпасів, частин вогнепальної нарізної зброї, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації та притягнути винних у цьому осіб до відповідальності.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину, передбаченого ч. 2 ст. 201 КК, стало відомо в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів оперативним підрозділом.

Внесення відомостей до ЄРДР у такій слідчій ситуації здійснюється одразу після одержання достатніх даних про те, що особи здійснюють готування до вчинення контрабанди. Ключову роль у забезпеченні документування протиправної діяльності контрабандистів відіграє проведення комплексу негласних слідчих (розшукових), слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій в рамках **тактичної операції «Затримання осіб при вчиненні контрабанди».** Сприяє її організації та проведенню те, що в рамках оперативно-розшукової справи, як правило, зібрані дані щодо співучасників та їх планів щодо вчинення контрабанди.

До складу вказаної тактичної операції, залежно від обраного способу контрабанди та властивостей його предмету, можуть бути включені:

1) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж з метою фіксування спілкування між особами, щодо яких є відомості про готування ними контрабанди, а також виявлення невідомих слідству їх співучасників;

2) установлення місцезнаходження радіоелектронних засобів, якими користуються особи, які готують контрабанду, для локалізації їх місцезнаходження у зв'язку із вчиненням злочину;

3) обстеження публічно недоступного місця житла чи іншого володіння особи, в рамках якого може бути вирішений комплекс завдань:

- з одержання зразків з речовин (отруйних, сильнодіючих, вибухових) для їх дослідження з метою встановлення їх властивостей;

- фіксування слідів радіоактивних матеріалів у формі радіоактивного випромінювання, фотографування ємностей, у яких зберігаються отруйні, сильнодіючі, вибухові речовини, радіоактивні матеріали, культурних цінностей, зброї або боєприпасів, частин вогнепальної нарізної зброї, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, змісту документів, які підготовлені для забезпечення переміщення предмету контрабанди через митний кордон;

- встановлення технічної засобів аудіо-, відеоконтролю особи в середині приміщення (приватного будинку, сховища, митниці, пункту прикордонного контролю тощо) чи транспортного засобу, щодо яких є дані про використання їх під час готування та вчинення контрабанди. У таких випадках одночасно із ухвалою щодо надання дозволу на обстеження публічно недоступного місця, житла чи іншого володіння особи має бути одержаний дозвіл на аудіо-, відеоконтроль особи;

4) аудіо-, відео контроль особи, місця (території митниці, пункту прикордонного контролю) для фіксування протиправних дій службових осіб митниці, ДПкС;

5) контрольована поставка для здійснення контролю за переміщенням через митний кордон України предмету контрабанди;

6) спостереження за особою, річчю, для забезпечення проведення контрольованої поставки;

7) накладення арешту, огляд та виїмка поштово-телеграфної кореспонденції, які можуть проводитися для фіксування вмісту поштового відправлення, а у випадках пересилання небезпечних речовин – їх заміни на несправжні (імітаційні) з метою недопущення їх можливого розповсюдження. Для здійснення останнього необхідно провести негласну слідчу (розшукову) дію, передбачену статтею 273 КПК;

8) затримання підозрюваних одразу після переміщення через митний кордон України предмету контрабанди. У випадках організації спільного пункту митного контролю, який фактично розташований на території іншої держави затримання підозрюваних разом із предметом контрабанди може відбутися безпосередньо перед перетином митного кордону України. Коли переміщення предмету контрабанди здійснюється як поштового відправлення момент затримання визначається залежно від результатів огляду кореспонденції;

9) особистий обшук затриманих, транспортних засобів, які їм належать, робочого місця службових осіб, які причетні до контрабанди;

10) огляд місця виявлення контрабанди для фіксування розташування транспортного засобу відносно лінії митного кордону України та його вилучення;

11) повідомлення затриманим про підозру, допит їх як підозрюваних, обрання ним запобіжних заходів.

В подальшому здійснюються:

12) тимчасовий доступ до документів митниці для вилучення митної декларації, а також поданих особами, які переміщували через митний кордон України предмети контрабанди, документів, які були використані для надання вигляду законності їх такому переміщенню;

13) обшуки в житлі чи іншому володінні особи, де вчинялися дії, спрямовані на готування до вчинення контрабанди (виготовлявся тайник, маскувалися ознаки предмету контрабанди, виготовлялися підроблені документи, які були використані для надання ознак законності предмету контрабанди через митний кордон України) та знаходяться засоби, які були для цього використані;

14) огляд вилучених предметів контрабанди, документів, транспортних засобів, інструментів, які були використані для виготовлення тайника, маскування ознак предмету контрабанди та накладення на них арешту;

15) допити як свідків понятих, які були присутні під час затримання підозрюваних, проведення обшуків на пункті митного контролю, прикордонного пункту пропуску, житлі чи іншому володінні особи;

16) тимчасовий доступ до документів органу державної влади, державної установи, які містять відомості про призначення на посаду службової особи, її функціональні обов’язки, а також виконання службових обов’язків у той час, коли була вчинена контрабанда;

17) прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з долучених до матеріалів кримінального

провадження процесуальних рішень, протоколів проведених оперативно-розшукових заходів та додатків до них, а також з процесуальних рішень, протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них;

18) призначення залежно від виду предмету контрабанди мистецтвознавчої, хімічної, вибухотехнічної експертизи, криміналістичної експертизи вогнепальної зброї, експертизи спеціальних технічних засобів. Також залежно від обставин вчинення контрабанди та їх фіксування під час проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій можуть призначатися техніко-криміналістична експертиза документів, які були використані для надання ознак законності переміщенню предмету контрабанди через митний кордон України, дактилоскопічна експертиза слідів пальців рук, вилучених із зовнішньої та внутрішньої поверхні тайника, упаковки предмету контрабанди та з його поверхні, фоноскопічна експертиза аудіозаписів, одержаних за результатами зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, портретна експертиза відеозаписів аудіо-, відеоконтролю особи, місця для ідентифікації осіб, причетних до вчинення контрабанди. Для проведення ідентифікаційних експертиз попередньо мають бути одержані відповідні зразки для порівняльного дослідження;

19) одночасні допити двох чи більше раніше допитаних осіб у випадках наявності протиріч у їх показаннях.

Після проведення наведених процесуальних дій здійснюється повідомлення зміненої підозри та допити осіб як підозрюваних з урахуванням усіх зібраних доказів.

2. Відомості про контрабанду, вчинену службовою особою, одержані в результаті розслідування фактів протиправних дій з культурними цінностями, отруйними, сильнодіючими, вибуховими речовинами, радіоактивними матеріалами, зброєю або боєприпасами, частинами вогнепальної нарізної зброї, спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації (їх розкрадань, збуту, купівлі тощо).

Така слідча ситуація є несприятливою для розслідування контрабанди. Причинами цього є те, що подія контрабанди вже відбулася. Для доказування факту контрабанди матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201, та вини службової та інших осіб у її вчиненні необхідно довести те, що відбулося переміщення цих матеріальних об'єктів через митний кордон України, при цьому саме через пункт митного контролю, прикордонного контролю, де працює службова особа у її робочий час. Успішність розслідування залежить від комбінації чинників:

1) від наявності показань осіб, які вчинили злочин, пов'язаний з культурними цінностями, отруйними, сильнодіючими, вибуховими речовинами, радіоактивними матеріалами, зброєю або боєприпасами, частинами вогнепальної нарізної зброї, спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації, щодо контрабандного переміщення цих матеріальних об'єктів через митний кордон України службовою особою з використанням службового становища або за співучасті з такою особою;

2) одержанням даних, які підтверджують взаємозв'язок між особами, які незаконно заволоділи матеріальними об'єктами, наведеними у ч. 1 ст. 201, та службовою особою, яка використовуючи службове становище вчинила контрабанду. Такі дані можуть бути одержані шляхом проведення:

- обшуків житла чи іншого володіння службових та інших осіб, щодо яких є дані про їх причетність до контрабанди, під час яких вилучаються їх мобільні термінали зв'язку, щоденники, блокноти, аркуші паперу, які містять дані про осіб, які підозрюються у контрабанді, дати та часу перетину ними митного кордону, відправлення вантажу з контрабандою;

- почеркознавчої експертизи записів у вилученому щоденнику (блокноті, на аркуші паперу);

- комп'ютерно-технічної експертизи вилучених мобільних терміналів зв'язку, для встановлення набраних номерів, одержаних та пропущених дзвінків, надісланих, одержаних та збережених повідомлень (SMS, MMS, електронна пошта), змісту телефонної книги, нотаток, звукових, графічних, відео та інших файлів, у т.ч. знищених;

- тимчасового доступу до документів оператора телекомунікацій щодо з'єднань між мобільними терміналами зв'язку, якими користуються ці особи, місцезнаходження цих терміналів. Співставлення інформації щодо останнього може забезпечити одержання даних про зустрічі між такими особами;

- тимчасового доступу до відеозаписів камер відео спостереження у місцях де за даними досудового розслідування відбувалися зустрічі між співучасниками;

- допитів як свідків осіб, які були присутні у таких місцях разом з цими особами та є їх знайомими;

3) одержанням даних про переміщення предмету контрабанди через пункт митного, прикордонного контролю, де працює службова особа у її робочий час. Це можна здійснити шляхом співставлення результатів тимчасового доступу до баз даних митниці, ДПкС щодо митного та прикордонного контролю конкретних осіб, вантажного відправлення та документів щодо призначення на посаду та робочого часу службової особи, щодо якої є дані про її причетність до контрабанди;

4) одержанням в рамках звернення за міжнародною правовою допомогою до правоохоронних органів держави, на територію чи з території якої за даними досудового розслідування відбулося переміщення предмету контрабанди, фактичних даних щодо знаходження на цій території таких матеріальних об'єктів. В рамках міжнародного співробітництва може бути запитане:

- проведення тимчасових доступів до даних митниці, прикордонного служби іноземної держави щодо митного та прикордонного контролю переміщення конкретного вантажного відправлення, особи;
- проведення обшуків у місцях, де за даними досудового розслідування знаходилися чи знаходяться матеріальні об'єкти, які виступили предметом контрабанди;
- здійснення тимчасових доступів до документів юридичних, фізичних осіб, спрямованих на встановлення факту придбання особами таких матеріальних об'єктів;
- здійснення допиту службових осіб юридичної особи, фізичної особи, у яких були придбані або яким були продані ці матеріальні об'єкти, а також здійснення вилучення цих матеріальних об'єктів;
- проведення судових експертиз щодо встановлення реальних властивостей вилучених матеріальних об'єктів.

Результати наведених процесуальних та інших дій можуть надати достатні докази для повідомлення про підозру службовим особам та їх співучасникам у контрабанді матеріальних об'єктів, наведених у ч. 1 ст. 201.

7.7. Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності, вчинені службовою особою (ч. 2 ст. 256 КК) *(К. Задоя)*

Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності, вчинене службовою особою, не визнається корупційним злочином у примітці до ст. 45. Законодавчі характеристики складу цього злочину не дають підстав вважати його корупційним і в розумінні ст. 1 Закону «Про запобігання корупції». Однак навряд чи викликає сумніви, що в багатьох випадках прояви організованої злочинної діяльності (перш за все – корисливого спрямування) тісно переплетені з корупційними діяннями, адже саме підтримка з боку представників владних структур робить організовану злочинну діяльність максимально ефективною з точки зору протиправних цілей, які переслідують її учасники.

У цьому контексті не повинно викликати сумнівів віднесення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 256, до числа злочинів, пов'язаних з корупцією. Однак, попри важливість кримінально-правової заборони, передбаченої ч. 2 ст. 256, у стримуванні підтримки організованої злочинної діяльності з боку представників органів державної влади та місцевого самоврядування, судова практика її застосування нині як така відсутня. На жаль, поясненням цього факту є, очевидно, не успіхи держави у протидії організованій злочинності та корупції. Основним чинником, який зумовлює такий стан речей, є складність законодавчого змісту основного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 256, що в свою чергу значною мірою обумовлений неоднозначним законодавчим визначенням злочинної організації (ч. 4 ст. 28).

На даний момент можна говорити про формування судової практики застосування ст. 256 стосовно сприяння, що надавалось окремими особами злочинним об'єднанням, які існують на окупованих територіях України. Однак, звісно, що подібні випадки не перебувають у зв'язку з корупцією.

Таким чином, нині ч. 2 ст. 256 є радше потенційним, аніж реальним інструментом в протидії «переплетінням» організованої злочинної діяльності та корупції.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ч. 2 ст. 256, є формальним та може втілюватись у трьох **формах:**

1) заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів;

2) заздалегідь не обіцяне укриття учасників злочинних організацій зазначеним вище шляхом;

3) заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності.

З ч. 4 ст. 28 випливає, що ***злочинна організація*** являє собою стійке ієрархічне об'єднання декількох осіб (п'ять і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Детально щодо змісту окремих законодавчо визначених ознак злочинної організації див. пункти 10–12 постанови ПВС «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23.12.2005 р. №13. Окремі із вказаних ознак судова практика інтерпретує «надпоширювально». Зокрема, у ч. 4 ст. 28 йдеться про те, що однією з цілей створення злочинної організації є вчинення декількох тяжких чи особливо тяжких злочинів, але абз. 1 п. 10 постанови ПВС від 23.12.2005 р. №13 допускає, що злочинна організація може створюватись і з метою вчинення одного такого злочину, що вимагає ретельної довготривалої підготовки. Причому підстави для такого тлумачення дає сам законодавець, оскільки в ч. 1 ст. 255 говориться про створення злочинної організації з метою вчинення одного тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а не кількох таких злочинів.

При оцінці того, чи є певна особа ***учасником злочинної організації***, слід мати на увазі, зокрема, такі позиції судової практики:

а) вступ особи до злочинної організації (участь у ній) означає надання цією особою згоди на участь у такій організації за умови, що вона усвідомлювала факт існування злочинної організації і підтвердила певними діями реальність своїх намірів (п. 13 постанови ПВС від 23.12.2005 р. №13);

б) участь в злочинній організації може виявлятись не лише у безпосередній участі у злочинах, що вчиняються злочинною організацією, чи інших діях, вчинення яких становить мету створення злочинної організації, а й самому факті вступу особи до злочинної організації та подальшому вчиненні будь-яких дій, спрямованих на створення сприятливих умов для її функціонування (надання транспорту, приміщень, здійснення фінансування та матеріально-технічного забезпечення, постачання зброї, підшукання об'єктів для нападу, зберігання зброї, злочинно набутого майна, коштів тощо) (п. 23 постанови ПВС від 23.12.2005 р. №13).

У будь-якому випадку учасником злочинної організації може визнаватись лише така особа, що, по-перше, в сприйнятті інших членів такої організації належала до її «внутрішнього кола», по-друге – усвідомлювала цю обставину.

Слова ***«заздалегідь не обіцяне»*** в контексті ч. 2 ст. 256 означають, що службова особа не обіцяла учасникам злочинних організацій сприяти їм, укрити їх чи створити їм інші умови, що сприяють їх злочинній діяльності, до моменту створення злочинної організації.

З огляду на цю законодавчу характеристику у наукових та науково-практичних джерелах злочин, передбачений статтею 256, часто називають проявом причетності до злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255, ґрунтуючи на цьому певні правила кваліфікації (зокрема, окремі автори намагаються узгодити застосування ст. 256 з частинами 6, 7 ст. 27). Однак переконливим такий підхід вважати не можна. Найперше, через те, що в ч. 1 ст. 255 встановлюється відповідальність не лише за створення злочинної організації, а й за участь в ній. Відповідно, створення та участь у злочинній організації слід визнавати як одиничний злочин з ускладненою об'єктивною стороною. Таким чином, сприяючи учаснику злочинної організації, винний завжди сприяє особі, що на момент сприяння продовжує вчинювати злочин, передбачений ч. 1 ст. 255.

З іншого боку, злочин, передбачений ст. 256, не можна вважати і «класичним» проявом співучасті у злочині, передбаченому ч. 1 ст. 255, оскільки відповідальність за заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності, випливає не з положень розділу VI Загальної частини КК, а з окремого положення Особливої частини Кодексу.

Так само злочин, передбачений статтею 256, не можна вважати проявом співучасті в конкретному

злочині, що вчиняється злочинною організацією (наприклад, надання неправомірної вигоди, шахрайство, привласнення чужого майна). Якщо особа, яка сприяє, укриває чи іншим чином створює умови діяльності учасників злочинних об'єднань, усвідомлює, що тим самим вона сприяє й вчиненню учасниками злочинної організації конкретного злочину, то за наявності достатніх для того підстав вона має визнаватись співучасником такого злочину.

Сприяння учасникам злочинних організацій шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів полягає в наданні хоча б одному учаснику злочинної організації перерахованих вище знарядь та засобів з тим, щоб останній скористався ними для продовження злочинної діяльності.

З огляду на те, що приміщення, сховища, транспортні засоби, інформація, документи, технічні пристрої, гроші та цінні папери істотно різняться за своїми фізичними властивостями, функціональним призначенням та правовим режимом, їх передача учасникам злочинної організації за конкретних обставин може відбуватись по-різному. Наприклад, готівка передається «з рук в руки», приміщення – шляхом надання засобів доступу до нього (ключа, картки тощо), цінні папери – шляхом укладення правочинів у письмовій формі.

Злочин є закінченим з моменту реальної передачі хоча б одного із вказаних предметів. При цьому не має значення, чи передав винний учасникам злочинної організації всі знаряддя та засоби, про які було домовлено, чи виконав домовленість лише частково.

Укриття учасників злочинних організацій шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів полягає у передачі хоча б одному учаснику злочинної організації перерахованих вище знарядь та засобів з тим, щоб той скористався ними для приховання своєї злочинної діяльності чи злочинної діяльності іншого учасника злочинної організації.

Здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють злочинній діяльності учасників злочинної організації, полягає у вчиненні дії, яка об'єктивно спрощує подальшу злочинну діяльність учасників злочинної організації. Ці дії можуть істотно різнитись між собою з огляду на їх фізичний, соціальний та правовий зміст. При цьому, на відміну від двох попередніх форм злочину, спосіб вчинення злочину не впливає на кримінально-правову кваліфікацію.

Злочин в цій формі є закінченим з моменту вчинення відповідної дії.

Суб'єктивна сторона і суб'єкт злочину.

З суб'єктивної сторони злочин, передбачений ч. 2 ст. 256, вчиняється з прямим умислом, інтелектуальний момент якого включає усвідомлення того факту, що особа, з якою взаємодіє винний, є учасником злочинної організації.

Суб'єкт злочину – спеціальний, а саме – ***службова особа*** (див. частини 3, 4 ст. 18 та коментар до ст. 191).

Відповідальність за ч. 2 ст. 256 настає лише за умови, якщо вчинена дія перебувала у ***функціональному зв'язку*** із повноваженнями та (або) становищем службової особи. Наприклад, службова особа вчинила сприяння учаснику злочинної організації, надавши тому інформацію, яка була відома службовій особі в силу її службових обов'язків, або службова особа укрила учасника злочинної організації в приміщенні, режим доступу до якого визначався нею, або службова особа створює умови, що сприяють діяльності учасника злочинної організації, вплинувши на розслідування, яке проводилось стосовно останнього підлеглими службової особи.

Якщо ж зв'язку між діянням службової особи та її повноваженням (становищем) немає, скоєне не можна кваліфікувати за ч. 2 ст. 256. Наприклад, за ч. 1 ст. 256 слід кваліфікувати дії працівника правоохоронного органу, який укривав учасників злочинної організації в своєму житлі.

Складні випадки кваліфікації.

З певними застереженнями склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 256, можна вважати **спеціальним** щодо складів злочинів, передбачених статтями 364 та 365. Відповідно, дії службової особи, що заздалегідь не обіцяно сприяє учасникам злочинної організації, укриває їх чи створює умови, які сприяють їх діяльності, не потребують додаткової кваліфікації за статтями 364 або 365.

Окремі положення Особливої частини КК (зокрема, статті 257, 258-3, 260) встановлюють кримінальну відповідальність за створення, участь та участь у злочинах в злочинних об'єднаннях,

що за певних умов можуть являти собою спеціальні різновиди злочинної організації (абз. 1 п. 1 постанови Пленуму ВС від 23.12.2005 р. №13). Заздалегідь не обіцяне сприяння службовою особою учасникам таких злочинних організацій, їх укриття чи створення для них умови, які сприяють їх діяльності, за наявності достатніх для того підстав також мають кваліфікуватись за ч. 2 ст. 256.

Звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання.

Особа, яка вчинила злочин, передбачений ч. 2 ст. 256, може бути **звільненою**:

1) від кримінальної відповідальності – на підставі ст. 49, якщо минуло десять років з дня вчинення злочину;

2) від покарання – на підставах, передбачених частинами 4, 5 ст. 74, статей 75, 79, 86.

Спеціальна конфіскація.

У випадку вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 256, суд може застосувати спеціальну конфіскація майна в силу загального правила, передбаченого ч. 1 ст. 96-1, оскільки санкція ч. 2 ст. 256 передбачає покарання у виді позбавлення волі.

Зважаючи на особливості об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 2 ст. 256, може йтися про спеціальну конфіскацію знарядь та засобів вчинення злочину (п. 4 ч. 1 ст. 96-2): приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, які надавались учасникам злочинної організації.

7.8. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 256 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Проблеми доказування обставин вчинення протиправних дій, кримінальна відповідальність за вчинення яких службовою особою передбачена у ч. 2 ст. 256, обумовлені рядом чинників.

По-перше, виходячи з місця використання сполучника «та» у вербальній конструкції норми ч. 1 ст. 256, у діях службової особи мають бути ознаки як заздалегідь не обіцяного сприяння учасникам злочинних організацій, так і укриття їх злочинної діяльності.

Аналіз сучасної судової практики свідчить, що суду для притягнення до кримінальної відповідальності достатнім є вчинення особою злочину хоча б у одній із форм, передбачених ст. 256. Станом на жовтень 2018 року у ЄДРСР наявні 147 вироків по частинах 1 та 2 ст. 256 і всі вони без винятку відносно осіб, які сприяли злочинній діяльності учасників злочинних організацій «Донецька народна республіка», «Луганська народна республіка».

Сторона захисту в окремих випадках оскаржувала в суді повідомлення про підозру, зміст обвинувачення, обвинувальні вироки, спираючись на те, що під час досудового розслідування, розгляду кримінальної справи в суді першої інстанції не встановлена наявність в діях особи ознак як заздалегідь не обіцяного сприяння учасникам злочинних організацій, так і укриття їх злочинної діяльності. Однак, такі скарги не задовольнялися.

Таким чином, правозастосовна практика, враховуючи небезпеку фактів сприяння злочинній діяльності наведених злочинний організацій, а саме такі протиправні дії домінують у проаналізованих вироках, знівелювала значення сполучника «та» як частки мови у конструкції диспозиції ч. 1 ст. 256 і сформувала як допустимого для притягнення до кримінальної відповідальності вчинення злочину хоча б у одній з форм, передбачених у цій статті. Така слідча та судова практика з огляду на вербальну конструкцію норми ч. 1 ст. 256 є неоднозначною та спірною.

По-друге, злочини, передбачені ст. 256, є видом причетності до злочину, передбаченого ст. 255. Законодавець у диспозиції ч. 1 ст. 256 прямо вказуючи на те, що кримінально караним є заздалегідь не обіцяне сприяння та укриття злочинної діяльності учасника злочинної організації, забезпечив поставку як одного з ключових завдань доказування обставин цього злочину – з'ясування того, чи особа усвідомлювала, що вона діяла на користь учасника злочинної організації. Саме навколо цієї обставини, а точніше доказування її відсутності, сторона захисту може вибудовувати свою позицію у кримінальному провадженні з метою зміни підозри (обвинувачення) з ч. 1 або 2 ст. 256 на статтю 198 або 396, покарання за які є значно м'якшими.

Аргументи сторони захисту можуть формуватися навколо визначення того, що підозрюваний

(обвинувачений) не знав і не міг знати, що особа, на користь якої він діяв, є членом злочинної організації, що така особа не повідомляла йому про свою участь у злочинній організації, що не є доведеним той факт, що існує така злочинна організація, а підозрюваний (обвинувачений) не мав знань, достатніх, щоб самостійно визначити, що особа, на користь якої він діяв, вчиняє злочини за попередньою змовою в групі осіб, чи у складі організованої групи або злочинної організації.

Виходячи з цього, кримінальне провадження за ст. 256 має слідувати за результатами розслідування епізодів злочинної діяльності злочинної організації. Якщо організатору, керівнику, іншому учаснику злочинної організації не повідомлено про підозру у вчиненні ними злочинів, то повідомляти про підозру особі, яка вчинила заздалегідь не обіцяні дії, спрямовані на сприяння та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання матеріальних об'єктів, вичерпний перелік яких міститься у ч. 1 ст. 256, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій зі створення умов, що сприяють злочинній діяльності злочинних організацій, є необґрунтованим.

Прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий як мінімум не мають допускати повідомлення про підозру особі у вчиненні злочину, передбаченого ст. 256, до повідомлення про підозру учасникам злочинної організації у вчиненні злочину за ст. 255 та злочину, після вчинення якого особа здійснила заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинної організації та укриття їх злочинної діяльності.

З огляду на це керівнику органу досудового розслідування рекомендується доручати досудове розслідування кримінального провадження за ст. 256 слідчому, який розслідує кримінальне провадження щодо епізодів діяльності злочинної організації. Оптимальним для успішного доказування під час досудового розслідування та подальшого судового розгляду вини особи у вчиненні злочину, передбаченого ст. 256, є наявність вироку суду, який набрав законної сили, щодо учасника злочинної організації за ст. 255, та злочину, у зв'язку із скоєнням якого особа вчинила дії, передбачені ст. 256, на користь учасників злочинної організації. Але цього недостатньо для доказування обізнаності особи щодо того, що вона своїми діями сприяла саме учасникам злочинної організації та укривала їх злочинну діяльність. В доказуванні цієї обставини слідчий може рухатися по двох напрямках:

1) від з'ясування обставин, за яких відбулося знайомство особи з учасником злочинної організації, характеру та тривалості їх стосунків, чи є загальновідомим у колі спілкування особи, що інша особа є учасником злочинної організації, і відповідно особа не може не знати про цей факт;

2) від з'ясування обставин прийняття особою рішення щодо здійснення дій, спрямованих на надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також інших заздалегідь не обіцяних дій по сприянню та укриттю злочинної діяльності учасників злочинної організації, обставин реалізації такого рішення. Це забезпечує встановлення взаємозв'язку між кожною такою дією та конкретними протиправними діями учасників злочинної організації та їх результатами і відповідно одержання даних про те, що особа усвідомлювала протиправний характер своїх дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 256.

Заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності службовою особою, особливо службовою особою правоохоронних органів, є одним з найбільш небезпечних різновидів причетності до злочину, успішне розслідування якого складно уявити без чіткого розуміння слідчим, прокурором того, які **обставини підлягають з'ясуванню** у кримінальному провадженні щодо такого злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 256. До їх числа відносяться:

- відомості щодо службової особи, її місця роботи, призначення на посаду, функціональних обов'язків. Якщо у службової особи були співучасники, то відомості щодо кожного співучасника, чи є вони службовими особами або ні;

- де, коли та за яких обставин службова особа познайомилася з особою та дізналася, що вона є учасником злочинної організації, а учасник злочинної організації дізнався про її статус;

- де та коли службова особа дізналася про обставини вчиненого злочину (злочинів) учасниками злочинної організації та чому вона погодилася посприяти ним, укрити їх злочинну діяльність, тобто що саме виступило мотиваційною основою дій службової особи;

- які саме дії зі сприяння учасникам злочинної організації, укриття їх злочинної діяльності, де та коли були вчинені службовою особою;

- службова особа самостійно або разом з іншими особами вчинила протиправні дії, передбачені ст. 256. Якщо такі дії були вчинені за попередньою змовою групою осіб, то мають бути з'ясовані

обставини досягнення взаємної згоди на вчинення цього злочину (де, коли, хто саме запропонував його вчинити, чи усвідомлювали усі особи, що дії будуть вчинені на користь учасників злочинної організації та у зв'язку з їх злочинною діяльністю, мотиви дій кожної особи);

- протягом якого періоду часу службова особа самостійно або у співучасті здійснювала заздалегідь не обіцяні дії зі сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності, тобто має бути встановлена загальна тривалість сприяння, укриття злочинної діяльності учасників злочинної організації;

- чи одержала службова особа, її співучасники неправомірну вигоду за вчинені ними дії, або вони в інший спосіб були схилені до вчинення протиправних дій, передбачених ст. 256;

- наслідки вчинення службовою особою, її співучасниками дій, передбачених ст. 256, усвідомлення службовою особою, її співучасниками, що в результаті їх дій відбулося перешкоджання виявленню та подальшому досудовому розслідуванню, судовому розгляду злочину (злочинів) вчинених учасниками злочинної організації.

Прокурору, керівнику органу досудового розслідування, слідчому необхідно завжди враховувати, що під час розслідування злочину, передбаченого ст. 256, який вчинений службовою особою, можуть бути виявлені факти вчинення цією особою інших злочинів у зв'язку із сприянням нею учасникам злочинних організацій, укриттям їх злочинної діяльності. Тому необхідно враховувати таку можливість як при плануванні розслідування в цілому, так і при проведенні окремих процесуальних дій.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 256 КК, стало відомо в результаті розслідування злочинів, вчинених учасниками злочинної організації.

Така слідча ситуація є сприятливою для початку кримінального провадження за ч. 2 ст. 256, якщо в рамках кримінального провадження щодо створення злочинної організації та вчинення її учасниками інших злочинів від них одержана інформація щодо факту заздалегідь не обіцяного сприяння та укриття їх злочинної діяльності службовою особою. Одержання такої інформації стає можливим завдяки ретельному дослідженню діяльності злочинної організації, під час якого слідчий концентрується не тільки на розслідуванні окремих епізодів злочинної діяльності членів злочинної організації, а й умов забезпечення функціонування злочинної організації та приховування факту її існування.

Із внесенням відомостей до ЄРДР слідчий має виділити із матеріалів кримінального провадження щодо діяльності злочинної організації процесуальні та інші документи, їх копії, які мають значення для досудового розслідування злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 256. Характерними для цієї слідчої ситуації є наступні **процесуальні дії:**

- допити як свідків учасників злочинної організації, під час яких мають бути з'ясовані обставини щодо їх участі у діяльності злочинної організації, знайомства зі службовою особою, вчинення злочину (злочинів), після яких службовою особою були вчинені заздалегідь не обіцяні дії зі сприяння учасникам злочинної організації, укриття їх злочинної діяльності, коли та за яких обставин службова особа дізналася, що свідки є членами злочинної організації, які саме дії зі сприяння учасникам злочинної організації, укриття їх злочинної діяльності, де та коли були вчинені службовою особою, якими були наслідки таких дій, чи одержала службова особа неправомірну вигоду за вчинені нею дії, чи були у службової особи співучасники, що саме свідку відомо про цих осіб, які саме дії вони вчинили, мотив їх дій;

- допити як свідків осіб, які є знайомими, разом працюють зі службовою особою та яким відомі обставини знайомства цієї службової особи з учасником злочинної організації та сприяння нею або укриття їх злочинної діяльності;

- тимчасовий доступ до речей і документів органу державної влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи, де працює службова особа, для одержання документального підтвердження її призначення на посаду, функціональних обов'язків, прийнятих нею рішень, виконаних нею дій зі сприяння учасникам злочинної організації та укриття їх злочинної діяльності (зокрема, щодо надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів);

- обшук житла чи іншого володіння службової особи, її робочого місця з метою вилучення

документів, які мають значення для кримінального провадження, матеріальних об'єктів, які були одержані як неправомірна вигода за дії зі заздалегідь не обіцяного сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності;

- тимчасовий доступ до документів банківських установ для одержання даних про перерахування грошових коштів, які за рішенням службової особи були надані для учасників злочинної організації;

- тимчасовий доступ до цінних паперів, які знаходяться у депозитарії або зберігача цінних паперів та були надані для сприяння діяльності злочинної організації;

- огляд наданих членам злочинної організації службовою особою чи за її сприяння приміщень, сховищ, транспортних засобів, документів, технічних пристроїв;

- накладення арешту на вилучені матеріальні об'єкти, які були надані службовою особою учасникам злочинної організації;

- тимчасовий доступ до документів оператора стільникового (мобільного) зв'язку для одержання даних про всі з'єднання по номерам мобільних телефонів, якими користуються службова особа та учасники злочинної організації за період часу, протягом якого за даними досудового слідства могли відбуватися контакти між цими особами;

- повідомлення про підозру, обрання запобіжного заходу, допит як підозрюваного службової особи, її співучасників щодо обставин вчиненні заздалегідь не обіцяного сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності;

- одночасний допит раніше допитаних свідків, підозрюваного у випадках, коли у їх показаннях є протиріччя щодо обставин вчинення злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 256;

- повідомлення зміненої підозри службовій особі, її співучасникам, та їх допит з урахуванням зібраних доказів у кримінальному провадженні.

До кримінального провадження долучається витяг з ЄРДР, у якому відображено дані щодо повідомлення про підозру особам, як учасникам злочинної організації та у вчиненні ними інших злочинів, у зв'язку з якими службова особа вчинила заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинної організації, укриття їх злочинної діяльності. Якщо до направлення до суду кримінального провадження суд постановить вирок по злочинах учасників злочинної організації, то до нього долучається такий вирок.

2. Про ознаки злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 256 КК, стало відомо в результаті розслідування інших злочинів, вчинених службовою особою.

У цій слідчій ситуації перспективи кримінального провадження за ч. 2 ст. 256 так само прямо залежать від результатів розслідування злочину (злочинів), вчинених членами злочинної організації. Слідчий, в першу чергу, має концентруватися на одержанні достатніх доказів для повідомлення про підозру членам злочинної організації і на встановленні взаємозв'язку їх злочину (злочинів) з діями службової особи як заздалегідь не обіцяного сприяння ним та укриття їх злочинної діяльності.

Алгоритм розслідування у такій слідчій ситуації в цілому відповідає наведеному для першої слідчої ситуації.

7.9. Злочини службових осіб, пов'язані з незаконним переправленням осіб через державний кордон України (ч. 2 ст. 332 КК) *(М. Хавронюк, Д. Калмиков)*

Про «незаконність» переправлення осіб через державний кордон України.

Загалом, ***переправлення через державний кордон України*** – це будь-які дії одних осіб, спрямовані на переведення, перевезення, перенесення тощо інших осіб через державний кордон України.

Державний кордон України – лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України – суші, вод, надр, повітряного простору (Закон «Про державний кордон України»)[1].

Зі змісту ст. 204-1 КУпАП випливає, що ***незаконним*** переправленням осіб через державний

[1] Державний кордон України визначається Конституцією та іншими законами України, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана ВР. Лінія державного кордону детально описується у міжнародному договорі, а також наноситься на карту, яка є невід'ємною частиною відповідного міжнародного договору (делімітація). Ця лінія визначається за правилами, закріпленими у ст. 3 Закону «Про державний кордон України», і позначається на місцевості чітко видимими прикордонними знаками (демаркація).

кордон України є переправлення: 1) будь-яким способом поза відповідними пунктами пропуску; 2) у пунктах пропуску, але без відповідних документів; 3) у пунктах пропуску, але за документами, що містять недостовірні відомості про особу; 4) у пунктах пропуску, але без дозволу відповідних органів влади.

Пункти пропуску через державний кордон України – це спеціально виділена територія на залізничних та автомобільних станціях, у морських і річкових портах, аеропортах (аеродромах) з комплексом будівель, споруд і технічних засобів, де здійснюються прикордонний, митний та інші види контролю і пропуск через державний кордон осіб, транспортних засобів, вантажів та іншого майна.

Таким чином, перетинання державного кордону ***поза пунктами пропуску*** через державний кордон може означати, що особа перетнула державний кордон: а) поза місцем розташування пункту пропуску; б) поза місцем, визначеним у пункті пропуску для безпосереднього перетинання державного кордону; в) хоча і в зазначеному місці, але в час, коли пункт пропуску не функціонував.

Під ***відповідними документами,*** зокрема, розуміються:

- для громадян України: паспорт громадянина України для виїзду за кордон і проїзний документ дитини; дипломатичний паспорт; службовий паспорт; посвідчення особи моряка; посвідчення члена екіпажу, а у визначених законодавством спеціальних випадках – посвідчення особи на повернення в Україну або інші документи. Так само у випадках, визначених законодавством, для перетинання державного кордону громадяни, крім зазначених документів, повинні мати також підтверджуючі документи (наприклад, для громадян, які не досягли 16-річного віку, нотаріально завірена згода одного з батьків, або рішення суду про встановлення опіки);

- для іноземців та осіб без громадянства – паспортний документ і відповідна віза, якщо інше не встановлено законодавством України;

- для іноземців та осіб без громадянства, які постійно проживають в Україні,– паспортний документ з відміткою про наявність дозволу на постійне проживання та посвідка на постійне проживання;

- для осіб без громадянства, які постійно проживають в Україні, – посвідчення особи без громадянства для виїзду за кордон.

Транзитний проїзд іноземців та осіб без громадянства через територію України дозволяється за наявності у них транзитної української візи, проїзних квитків або інших документів, що підтверджують транзитний характер поїздки, якщо інше не передбачено законодавством України.

Документ вважається відповідним (дійсним), якщо він належить пред'явникові, відповідає установленому зразку, виданий компетентним органом і належним чином оформлений, а термін дії його не закінчився.

Таким чином, перетинання державного кордону в пунктах пропуску через державний кордон, але ***без відповідних документів*** може означати, що особа перетнула державний кордон без будь-яких документів, сховавшись від прикордонного контролю у тайнику або іншому місці.

Перетинання державного кордону в пунктах пропуску через державний кордон, але ***за документами, що містять недостовірні відомості про особу***, означає перетинання державного кордону України з підробленим документом на право перетинання державного кордону України або дійсним, але оформленим на іншу особу. При цьому не можна вважати дійсним документ, отриманий хоча й у встановленому законом порядку, але на підставі введення службових осіб, які оформлюють такий документ, в оману щодо реальної особистості громадянина.

Нарешті, перетинання державного кордону в пунктах пропуску через державний кордон, але ***без дозволу відповідних органів влади*** означає, що особа перетинає державний кордон України, не маючи при собі необхідних для перетинання кордону документів, оскільки у цьому випадку вони не перевіряються, проте не маючи і спеціального дозволу відповідних органів державної влади, який фактично замінює відсутність документів. Тут йдеться, наприклад, про прикордонних представників України, працівників митної служби, авіаційної служби безпеки, осіб, які зустрічають дипломатичних агентів чи дипломатичну пошту тощо.

Згідно з ч. 3 ст. 204-1 КУпАП, дія цієї статті не поширюється на випадки повернення в Україну без встановлених документів громадян України, які стали жертвами злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, а також на випадки прибуття в Україну іноземців чи осіб без громадянства з наміром отримати притулок чи бути визнаними в Україні біженцями або особами, які потребують додаткового

захисту, якщо вони звернулися із заявою про надання притулку чи заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, відповідно до Закону «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту».

Отже, ***не є незаконним*** переправлення через державний кордон України (тільки у напрямку з-за кордону в Україну):

1) громадян України, які стали жертвами злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, і повертаються в Україну без встановлених документів, незалежно від того, перетнули вони раніше державний кордон України з метою виїзду з України законно чи незаконно;

2) іноземців чи осіб без громадянства, які мають намір отримати притулок чи бути визнаними в Україні біженцями або особами, які потребують додаткового захисту, якщо вони звернулися із заявою про надання притулку чи заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, відповідно до згаданого Закону.

Під ***жертвами злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми***, слід розуміти не тільки осіб, визнаних потерпілими у справах про злочин, передбачений ст. 149. Жертвами злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, мають визнаватися будь-які особи, які постраждали від злочинів, передбачених КК України або кримінальними законами інших країн, пов'язаних із здійсненням будь-якої незаконної угоди, предметом якої є передача людини у фактичну власність інших осіб, і вчинених як на території України, так і на території інших країн, як громадянами України, так і іноземцями чи особами без громадянства. При цьому не має значення також і те, чи були винні особи притягнуті до кримінальної відповідальності.

Підприємства (їх об'єднання), установи та організації, які здійснюють міжнародні пасажирські повітряні перевезення, за переміщення через державний кордон України пасажирів-іноземців чи осіб без громадянства без документів для в'їзду в Україну або з документами, оформленими з порушенням вимог, установлених законодавством України, несуть відповідальність згідно із Законом «Про відповідальність за повітряні перевезення пасажирів через державний кордон України без належних документів для в'їзду в Україну». Проте, притягнення цих юридичних осіб до такої відповідальності не звільняє конкретних фізичних осіб, які діяли від імені зазначених підприємств, установ і організацій, від кримінальної відповідальності за ст. 332.

Об'єкт злочину.

Об'єкт цього злочину – встановлений законодавством порядок перетинання державного кордону України.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони цей злочин може проявитися у чотирьох формах: 1) незаконне переправлення осіб через державний кордон України; 2) організація незаконного переправлення осіб через державний кордон України; 3) керівництво незаконним переправленням осіб через державний кордон України; 4) сприяння незаконному переправленню осіб через державний кордон України порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод.

Незаконне переправлення осіб через державний кордон України передбачає дії особи, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, забезпечила перетинання державного кордону України іншими особами (наприклад, перевезла іншу особу через державний кордон України на власному транспортному засобі).

> *21 серпня 2013 р. начальник відділу прикордонної служби «Могилів-Подільський» Могилів-Подільського прикордонного загону (службова особа) разом із двома співучасниками привели в район міського пляжу м. Могилів-Подільського особу, яка мала перетнути державний кордон України, та вказали йому на місце із неглибоким руслом річки Дністер, де той має перемістити наданий йому пакет із наркотичним засобом убрід через державний кордон України та залишити його біля приватного будинку на протилежному березі вказаної річки, що знаходиться на території м. Отач (Республіка Молдова)*[1].

---

[1] Вирок Могилів-Подільського міськрайонного суду Вінницької області від 11 липня 2014 р. у справі №138/2825/13-к (провадження №1-кп/138/7/14). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39736472

Організація незаконного переправлення осіб через державний кордон України передбачає розробку та безпосередню реалізацію планів незаконного перетинання державного кордону України іншими особами. Ці дії можуть бути поєднані зі схиленням інших осіб до незаконного перетинання державного кордону України. Проте, відповідна ініціатива може виходити і не від організатора, а від осіб, які бажають незаконно перетнути вказаний кордон, або від інших осіб, і лише підтримуватися ним. На відміну від дій організатора злочину (ст. 27 КК), дії організатора незаконного переправлення осіб через державний кордон України направляють, об'єднують не інших співучасників, а осіб, які вчинюють незаконне перетинання державного кордону України.

> *У квітні 2005 р. житель Миколаївщини спільно з ізраїльськими сутенерами організував незаконне переправлення двох дівчат через державний кордон України, які в подальшому стали об'єктом сексуальної експлуатації. З цією метою вони придбали цим дівчатам авіаквитки (м. Київ – м. Шарм-Ель-Шейх), проінструктували, які відомості у випадку необхідності потрібно повідомити співробітникам прикордонної служби в аеропорту «Бориспіль», надали кожній із них по 200 доларів США, які ті мали сплатити в Єгипті за придбання єгипетської візи, надали їм гроші, які за попередньою домовленістю мали бути сплачені як неправомірна вигода співробітниками прикордонної служби аеропорту у м. Шарм-Ель-Шейх, передали дівчатам чіп-карту для мобільного телефону, яким можна буде користуватися у Єгипті, забезпечили їх перебування у Єгипті, а в подальшому – організували незаконне перетинання ними кордону між Єгиптом та Ізраїлем*[1].

Керівництво незаконним переправленням осіб через державний кордон України – це розпорядження діями осіб, які бажають незаконно перетнути державний кордон України, або інших осіб, з метою досягнення відповідного злочинного результату – незаконного переправлення осіб через державний кордон України. Це може виражатися у наданні відповідних настанов і проведення інструктажу щодо виконання тих чи інших фактичних дій, координації останніх, забезпеченні їх прикриття, виробленні заходів щодо нейтралізації діяльності органів ДПС та інших правоохоронних органів тощо[2]. На відміну від особи, яка керує підготовкою чи вчиненням злочину (ч. 3 ст. 27), керівник незаконним переправленням осіб через державний кордон України спрямовує зусилля не інших співучасників, а осіб, які незаконно перетинають державний кордон України. Так само, як і організаторів цих дій, осіб, які керують ними, може бути двоє і більше, і в такому випадку їх дії кваліфікуються за ч. 2 ст. 332.

Сприяння незаконному переправленню осіб через державний кордон України порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод є не пособництвом у злочині, передбаченому ст. 332, а також однією з його форм. Адже таке сприяння стосується не співучасників цього ж злочину, а осіб, які незаконно перетинають державний кордон України.

Сприяння порадами чи вказівками полягає в наданні зазначеним особам інформації щодо найбільш зручних маршрутів руху до державного кордону, місця і часу його незаконного перетинання та інших обставин, яка є необхідною для реалізації їх намірів на незаконне перетинання кордону.

Надання засобів полягає у передаванні особам, які незаконно перетинають державний кордон України, транспортних засобів, тимчасового сховища, засобів маскування і засобів приховування слідів злочину, документів, карт, схем або інших предметів матеріального характеру, за допомогою яких вони можуть полегшити досягнення зазначеного результату. На відміну від ч. 5 ст. 27 та інших статей КК, у ст. 332 поняттям засоби охоплюються і відповідні знаряддя.

Під *усуненням перешкод* розуміється ліквідація перепон, що заважають (ускладнюють, унеможливлюють) реалізації планів по незаконному перетинанню державного кордону України. Воно може виразитись, наприклад, у відволіканні уваги прикордонних нарядів.

> *На Сумщині у період з 24 лютого по 20 березня 2010 р. дві військові службові особи, що входили до складу наряду з охорони державного кордону України, з метою отримання неправомірної вигоди сприяли незаконному переправленню через державний кордон України кільком особам шляхом надання порад і вказівок щодо найбільш зручних маршрутів руху через державний кордон України*

---

[1] Вирок Ленінського районного суду м. Миколаєва від 17 березня 2011 р. у справі №1 32/2011 р. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/20513749.

[2] Відмінністю дій по керівництву незаконним переправленням осіб через державний кордон України від організації такого переправлення є передусім те, що керівництво здійснюється безпосередньо під час зазначеного переправлення або безпосередньо перед його початком.

поза пунктом пропуску, а також найбільш вдалих місця і часу його незаконного перетинання. 20 березня 2010 р. безпосередньо під час отримання неправомірної вигоди від зацікавлених осіб розміром 1600 грн. винних було затримано працівниками правоохоронних органів.

Військовий місцевий суд Київського гарнізону визнав зазначених військових службових осіб винними у незаконному переправленні осіб через державний кордон України (ч. 2 ст. 332 КК) та реалізації закінченого замаху на одержання хабара (ч. 2 ст. 15 – ч. 2 ст. 368).

У вересні 2015 р. дільничний інспектор прикордонної служби прикордонної служби «Саловка» Чопського прикордонного загону з метою незаконного збагачення надав організатору незаконного переправлення низки осіб через державний кордон України інформацію, необхідну для забезпечення безперешкодного переправлення нелегальних мігрантів через державний кордон України. Зокрема, він звернув увагу на можливість безпечного переправлення нелегальних мігрантів через державний кордон України 25 жовтня 2015 р. у період з 9 до 11 години ранку на напрямку 352 прикордонного знаку ділянки відповідальності відділу прикордонної служби «Саловка», адже саме в цей час вказана ділянка державного кордону України залишиться без охорони. Дії цієї службової особи було кваліфіковано за ст. 332 та ст. 368 КК[1]**.**

Дії організатора незаконного переправлення осіб через державний кордон України, керівника такого переправлення, а також особи, яка сприяє йому (форми 2–4 об'єктивної сторони цього складу злочину), можуть бути повністю виконані ще до того, як особи, яких вони переправляють через державний кордон України, перетнули його. Тому вчинений цими особами злочин є *закінченим* у момент, коли виконано відповідні дії: організаційні дії по переправленню осіб через державний кордон України, дії по керівництву таким переправленням, надані необхідні поради, вказівки чи засоби для незаконного перетинання державного кордону України іншими особами або усунені відповідні перешкоди для цього, незалежно від того, чи фактично опинились особи, яких вони переправляють через державний кордон України, за межами України. Злочин також вважається закінченим, якщо зазначені дії стосувались незаконного переправлення через державний кордон України лише однієї особи.

Злочин, учинений шляхом безпосереднього переправлення осіб через державний кордон України (форма 1 об'єктивної сторони), є *закінченим* у момент фактичного перетинання хоча б однією особою державного кордону України, що відбулося в результаті дій винної особи. Чи вдалося цим особам завершити цей процес та проникнути на територію відповідної держави непоміченими чи невикритими, для кваліфікації вчиненого значення не мають.

Перша форма об'єктивної сторони аналізованого складу злочину як обов'язкову ознаку передбачає **місце** вчинення злочину – державний кордон України.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 332, може бути будь-яка фізична осудна особа, яка на момент його вчинення досягла 16-річного віку.

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина в аналізованому складі злочину характеризуються умислом. Свідомістю винного має охоплюватися той факт, що переправлення відповідних осіб через державний кордон України є незаконним з будь-яких причин, про які йдеться у ст. 204-1 КУпАП.

Якщо особа (у т.ч. службова) не знала і не могла знати, що забезпечує незаконне перетинання іншими особами державного кордону України чи сприяє такому перетинанню (наприклад, було надано всі необхідні офіційні документи, але вони містили недостовірні відомості, що встановити на місці не вдалося), то кримінальна відповідальність за ст. 332 виключається.

Корисливі **мотив** свідчить про наявність у діянні відповідної особи ознак особливо кваліфікованого складу цього злочину (ч. 3 ст. 332).

Особливості кваліфікації.

Вчинення злочину, передбаченого ст. 332, службовою особою з використанням службового становища є кваліфікованим видом цього злочину, а тому підлягає оцінці за ч. 2 ст. 332. За ч. 1 ст. 332

---

[1] Вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 10 листопада 2015 р. у справі №308/13015/15-к. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53285008.

дії службової особи можуть бути кваліфіковані лише у разі, якщо під час вчинення цього злочину вона не використовувала своє службове становище.

Факти вчинення службовою особою з використанням службового становища цього злочину способом, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яку незаконно переправляли через державний кордон України, щодо кількох осіб, повторно чи за попередньою змовою групою осіб на кваліфікацію вичиненого не впливають (незалежно від наявності чи відсутності цих обставин вчинене має кваліфікуватися за ч. 2 ст. 332), хоча й повинні бути враховані судом під час індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання.

Вчинення службовою особою з використанням службового становища цього злочину з корисливих мотивів або у складі організованої групи слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 332. Це, зокрема, означає, що в усіх випадках, коли такі дії службова особа вчиняє з метою отримання неправомірної вигоди чи в результаті її фактичного отримання, вони мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів: за ч. 3 ст. 332 та відповідною частиною статей 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369-2.

> *Тому не можна погодитися з позицією Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області, який у своєму вироку вказав на доведеність того факту, що сприяння незаконному переправленню осіб через державний кордон України вчинене службовою особою з метою отримання неправомірної вигоди (і цей факт отримав самостійну юридичну оцінку за ст. 368), але при цьому кваліфікував її дії за ч. 2 ст. 332 КК*[1].

У разі, якщо незаконне перетинання державного кордону України відбулося через невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків, то за наявності до того підстав така службова особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 367.

Специфікою злочину, передбаченого ст. 332, є те, що особа, яка організувала незаконне переправлення, керувала ним або сприяла йому (форми 2, 3 і 4 об'єктивної сторони), визнається виконавцем цього злочину, а тому її дії треба кваліфікувати за ст. 332 без посилання на частини 3 або 5 ст. 27. Якщо при вчиненні одного злочину особа брала участь як організатор, іншого – як керівник, а третього – лише давала поради чи вказівки тощо, її дії у кожному разі повинні одержувати самостійну правову оцінку у межах ст. 332.

Відповідно, якщо дії особи направляють, об'єднують інших співучасників злочину, а не осіб, які незаконно перетинають державний кордон України, або ж дії особи полягають, наприклад, у наданні порад, вказівок організатору переправлення чи його керівнику, а не особам, які незаконно перетинають державний кордон України, то ці дії мають кваліфікуватися за ст. 332 з посиланням на частини 3 або 5 ст. 27.

Організатором і керівником переправлення осіб через державний кордон України (форми 2 і 3 об'єктивної сторони) може бути одна й та сама особа. Якщо одна особа здійснювала організаторські дії, а інша – безпосередньо керувала їх виконанням, то їхні дії підлягають кваліфікації за ч. 2 ст. 332.

Діяльність організатора (керівника) незаконного переправлення осіб через державний кордон України на етапі підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змови на вчинення злочину, усунення перешкод, а також іншого умисного створення умов для організації незаконного переправлення осіб через державний кордон України слід кваліфікувати не як готування до цього злочину за ст. 14 і ст. 332, а тільки за ст. 332. Адже, відповідно до ч. 3 ст. 27, поняттям «організація злочину» охоплюється і керівництво його підготовкою.

Обіцянка переховувати осіб, які намагаються незаконно переправитися через державний кордон України, навіть і висловлена заздалегідь, сама по собі не є злочином, оскільки ці особи вчинюють не злочин, а адміністративне правопорушення.

Викрадення або підробка документів, які надають право на перетинання державного кордону України, з наступним наданням їх для використання іншим особам під час переправлення їх через державний кордон України, кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених, відповідно, статтями 332 і 357, 358 чи 366.

> *У 2009 р. з метою перманентного отримання неправомірної вигоди директор ТОВ «Нью Бонтон» та засновник ТОВ «Укрсервіс Інтернейшенел» (м. Київ) з корисливих мотивів утворив*

---

[1] Вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 10 листопада 2015 р. у справі №308/13015/15-к. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53285008.

організовану групу і розробив та втілив у життя схему незаконного переправлення іноземних громадян через державний кордон України, яка, зокрема, включала в себе підроблення та видачу іноземним громадянам документів, на підставі яких вони отримували візові документи для в'їзду в Україну. Зокрема, від імені ТОВ «Укрсервіс Інтернейшенел» виготовлялися два офіційні документи: персональне запрошення на в'їзд в Україну та клопотання про запрошення на в'їзд в Україну. У ці документи директором зазначеного товариства вносилися неправдиві відомості про запрошення іноземних громадян (які начебто є керівниками різних закордонних фірм) на територію України для організації спільної комерційної діяльності, комерційних перемов та обговорення питань, пов'язаних із діяльністю фірми.

Шевченківський районний суд м. Києва визнав цю особу винною в організації не лише незаконного переправлення осіб через державний кордон України (ст. 332) та зловживання службовим становищем (ст. 364), а й службового підроблення (ст. 366) та використання завідомо підробленого офіційного документу (ст. 358)[1]*.*

Дії винного, пов'язані з незаконним переміщенням через державний кордон України людини, яку вона незаконно купила або придбала іншим способом, повністю охоплюються ч. 1 ст. 149 і додаткової кваліфікації за ст. 332 не потребують.

Приписами ст. 332 не охоплюються будь-які дії, спрямовані на переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї, боєприпасів, частин вогнепальної нарізної зброї, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів. Тому за наявності до того відповідних підстав такі дії потребують додаткової кваліфікації за ст. 201 чи ст. 305.

Тому слід визнати правильною позицію Могилів-Подільського міськрайонного суду Вінницької області, який дії службової особи, яка здійснила незаконне переправлення особи через державний кордон України та за попередньою змовою організувала вчинення нею ж контрабанди особливо небезпечного наркотичного засобу (канабісу), кваліфікував за ч. 2 ст. 332 та ч. 2 ст. 305.

Організація проникнення особи на іноземне морське, річкове чи повітряне судно, що знаходиться у територіальних водах України, в українському порту (аеропорту), з метою виїзду за кордон морським, річковим чи повітряним шляхом має кваліфікуватися як замах на організацію незаконного перетинання державного кордону України. Проте, незаконне переміщення особи у відкритому морі з українського на іноземне судно не може розглядатися як незаконне переправлення осіб через державний кордон України, оскільки перетину державного кордону України не відбулося.

Згідно з ч. 2 ст. 33 Конституції України, громадянин України не може бути позбавлений права в будь-який час повернутися в Україну. Тому не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за ст. 332 особи, які організували таке повернення, керували його здійсненням або сприяли йому.

Злочин, передбачений ст. 332, слід відмежовувати від адміністративних правопорушень, передбачених статтями 204–206-1 КУпАП.

Практика реалізації заборони, найбільш поширені способи («схеми») вчинення злочину.

1. Стаття 332 широко застосовується на практиці. За інформацією ДСА, за останні 10 років за цією статтею була засуджена 1071 особа (за ч. 1 – 234 особи, за ч. 2 – 691 особи, за ч. 3 – 146 осіб). При цьому виправдано за пред'явленим обвинуваченням за весь цей період було лише 2 особи. В абсолютній більшості випадків ці злочини вчинялися кількома особами у співучасті, а тому отримували кваліфікацію за частинами 2 і 3 ст. 332. Утім, 20-25% цих злочинів вчиняються одноосібно.

2. За результатами вивчення 665 вироків у кримінальних провадженнях, відкритих за фактом незаконного переправлення осіб через державний кордон України, встановлено, що:

---

[1] Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 11 липня 2011 р. у справі №1-1212/11. ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18916495.

- в абсолютній більшості випадків ці злочини вчиняються не службовими особами (лише у 15 вироках одним з підсудних була службова особа, що становить лише 2% від загальної кількості справ цієї категорії);

- на практиці рідко мають місце випадки, коли вчинення цього злочину обумовлене бажанням службової особи отримати неправомірну вигоду за вчинені дії чи будь-яким іншим чином пов'язане з корупцією (лише у 11 вироках виявлено пов'язаність учинення цього злочину з корупційними проявами – 2% загальної кількості справ цієї категорії).

3. Незаконне переправлення осіб через державний кордон України, вчинене службовою особою з використанням службового становища та з метою отримання неправомірної вигоди чи в результаті її факторного отримання, як правило, кваліфікується за сукупністю злочинів: за ч. 3 ст. 332 та відповідною частиною статей 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369-2. Утім, непоодинокими є випадки, коли вчинення цього злочину службовою особою з метою отримання неправомірної вигоди правоохоронні органи та суд кваліфікували лише за ч. 3 ст. 332, хибно вважаючи, що особливо кваліфікуюча ознака «з корисливих мотивів» охоплює собою і зазначені факти.

7.10. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 332 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Виявлення незаконного переправлення осіб через державний кордон України службовою особою з використанням службового становища, як свідчить аналіз слідчої практики, має відбуватися в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності оперативними підрозділами, в першу чергу, СБ та ДПкС, а також НП та ДФС.

Небезпечність таких злочинів – не тільки у тому, що здійснюється посягання на цілісність та недоторканність кордонів держави, а й у тому, що вони забезпечують можливість безперешкодного здійснення незаконної міграції, торгівлі людьми, контрабанди тощо. Такий взаємозв'язок з цими протиправними діями має враховуватися співробітниками оперативного підрозділу, слідчим при виявленні фактів їх вчинення.

Слідча та судова практика свідчить, що закономірним для незаконного переправлення осіб через державний кордон України є вчинення його за попередньою змовою групою осіб, організованою групою. Тому завжди мають висуватися версії, які враховують готування, вчинення, приховування цього злочину службовою особою або за її співучасті. Важливість відпрацювання такої версії зумовлюється тим, що завдяки цьому з самого початку роботи по оперативно-розшуковій справі, кримінальному провадженню своєчасно вживаються заходи, спрямовані на запобігання витоку інформації про документування злочинної діяльності спрямованої на незаконне переправлення осіб через державний кордон України, які в подальшому забезпечують умови для збирання доказів протиправних дій службової особи, яка вчинила злочин, передбачений у ч. 2 ст. 332.

Під час організації проведення комплексу як оперативно-розшукових заходів, так і процесуальних дій по цій категорії кримінальних правопорушень, при визначенні моменту та місця затримання злочинців слід завжди враховувати територіальну юрисдикцію оперативних підрозділів та органів досудового розслідування вітчизняних правоохоронних органів, особливості використання заходів міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні, зокрема, час, потрібний для звернення до правоохоронних органів іншої держави для здійснення спільних дій по документуванню та затриманню осіб, які вчинили злочин, передбачений у ст. 332, а також особливості правового режиму контрольованого прикордонного району, прикордонної смуги, пункту пропуску через державний кордон.

Дії службової особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 332, мають аналізуватися через призму вимог нормативно-правових актів, які визначають її повноваження, та їх фактичне виконання нею.

До системи таких нормативно-правових актів відносяться:

- закони України «Про державний кордон України», «Про Державну прикордонну службу України», «Про прикордонний контроль», «Про порядок виїзду з України та в'їзду в Україну громадян України», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»;

- постанови КМ «Про затвердження Правил перетинання державного кордону громадянами України», «Про Правила в'їзду іноземців та осіб без громадянства в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію», «Про затвердження Правил оформлення віз для в'їзду в Україну і транзитного проїзду через її територію», «Про затвердження Порядку здійснення координації діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування з питань додержання режимів на державному кордоні», «Про затвердження Положення про пункти пропуску через державний кордон та пункти контролю»;

- накази МВС «Про затвердження Інструкцій про службу прикордонних нарядів Державної прикордонної служби України», «Про затвердження Додаткових тимчасових режимних обмежень у контрольованих прикордонних районах», «Про затвердження Правил розгляду заяв та оформлення документів, необхідних для вирішення питання про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, втрату і позбавлення статусу біженця та додаткового захисту і скасування рішення про визнання особи біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту», «Про затвердження Тимчасового порядку розгляду заяв для оформлення посвідки на постійне проживання та посвідки на тимчасове проживання»;

- наказ ДПкС «Про затвердження Порядку дій посадових осіб органів охорони державного кордону Державної прикордонної служби України щодо установлення режиму в пунктах пропуску через державний кордон, здійснення контролю за його додержанням, а також організації і забезпечення взаємодії та координації контрольних органів і служб, що здійснюють різні види контролю або беруть участь у забезпеченні режиму в пунктах пропуску через державний кордон»;

- накази начальників прикордонних загонів, якими визначаються режими в пунктах пропуску та зоні прикордонного контролю, в межах яких був вчинений злочин, передбачений частиною 2 ст. 332.

Для доказування обставин вчинення незаконного переправлення осіб через державний кордон України службовою особою з використанням службового становища має значення **встановлення:**

1) розташування та межі ділянки державного кордону України, контрольованого прикордонного району, пункту пропуску, де відбулася спроба чи незаконне переправлення особи через державний кордон України, а також їх характеристика (наприклад, обладнання доріг і вулиць у контрольованому прикордонному районі дорожніми знаками «Контрольований прикордонний район», «В'їзд заборонено», «Прикордонна смуга», прикордонних знаків та їх номерів, офіційного періоду робочого часу пункту пропуску через державний кордон, тощо), розташування місця затримання та напряму руху злочинців відносно лінії державного кордону України;

2) дата та час вчинення протиправний дій по переправленню осіб через державний кордон України;

3) відомості про службову особу та її повноваження, використовуючи які вона намагалася здійснити, здійснила незаконне переправлення осіб через державний кордон України, мотиви її дій, у якій формі були вчинені протиправні дії цією особою (організація незаконного переправлення, керівництво незаконним переправленням, сприяння його вчиненню), безпечним чи небезпечним для життя чи здоров'я було незаконне переправлення особи через державний кордон України;

4) відомості про співучасників службової особи, хто, які дії за попередньою домовленістю вчинив, обставини попередньої змови на вчинення незаконного переправлення осіб через державний кордон України (час, місце, хто ініціатор, як визначалися та розподілялися ролі між співучасниками), мотиви їх дій;

5) відомості про осіб, яких незаконно переправляли через державний кордон України (прізвище, ім'я, вік, наявність громадянства або його відсутність, законність їх проживання або перебування на території України), обставини їх знайомства з особами, які здійснювали їх незаконне переправлення через державний кордон України, чому особи не скористалися законним шляхом перетинання державного кордону України;

6) місце, з якого почалося переправлення осіб через державний кордон України, кінцевий пункт їх прибуття та мета;

7) ким, коли, у який спосіб був виявлений факт незаконного переправлення осіб через державний кордон України, розташування місця затримання підозрюваних відносно лінії державного кордону України;

8) розмір неправомірної вигоди, одержаної службовою особою, та кількість коштів, які були

одержані кожним (мали одержати) з її співучасників за незаконне переправлення осіб через державний кордон України.

Окремим напрямом для розслідування у ситуаціях виявлення факту незаконного переправлення іноземних громадян чи осіб без громадянства через державний кордон з території України є встановлення законності їх потрапляння на територію нашої держави, а також дослідження на предмет достовірності їх документів. Важливість результативного відпрацювання цього напряму визначається тим, що це дозволяє виявити невідомі правоохоронним органам факти незаконного переправлення осіб через державний кордон України та осіб, які його вчинили.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини готування незаконного переправлення через державний кордон України службовою особою або за її співучасті стало відомо в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів оперативним підрозділом.

Після внесення відомостей до ЄРДР алгоритм дій слідчого на підставі матеріалів оперативно-розшукової справи у такій слідчій ситуації зумовлений необхідністю задокументувати протиправну діяльність злочинців та затримати їх не допустивши незаконного переправлення осіб через державний кордон України.

З прийняттям рішення щодо внесення відомостей до ЄРДР прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий не мають зволікати. Чим більше часу має слідчий до моменту початку незаконного переправлення осіб через державний кордон України, тим якісніше буде підготовка до документування їх протиправної діяльності в рамках кримінального провадження. Своєчасне визначення такого моменту прямо залежить від організації належної взаємодії між оперативним підрозділом, який здійснює провадження по оперативно-розшуковій справі, та прокурором і слідчим.

Слід, за можливості, уникати проведення негласних слідчих (розшукових) та слідчих (розшукових) дій до постановлення ухвали слідчого судді. Не одержання в подальшому дозволу слідчого судді на проведення цих процесуальних дій виключить можливість притягнення осіб до кримінальної відповідальності за злочин, передбачений у ч. 2 ст. 332. Також важливим компонентом успішного проведення **тактичної операції «Затримання осіб при незаконному переправленні через державний кордон України»** є створення керівником органу досудового розслідування слідчої групи у кримінальному провадженні на самому початку розслідування. До складу вказаної тактичної операції, залежно від обраного способу незаконного переправлення осіб через державний кордон України та місця, де працює, і посади, яку займає службова особа (митниця, ДПкС, ДМС), можуть бути включені:

1) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж з метою фіксування спілкування між особами, щодо яких є відомості про готування ними незаконного переправлення через державний кордон України, а також виявлення невідомих слідству їх співучасників;

2) установлення місцезнаходження радіоелектронних засобів, якими користуються особи, які готують незаконне переправлення осіб через державний кордон України, для локалізації їх місцезнаходження у зв'язку із вчиненням злочину;

3) обстеження публічно недоступного місця, житла чи іншого володіння особи, в рамках якого можуть бути встановлені технічні засоби аудіо-, відеоконтролю особи в середині приміщення (приватного будинку, митниці, пункту прикордонного контролю тощо) чи транспортного засобу, щодо яких є дані про використання їх під час готування та вчинення злочину. У таких випадках одночасно із ухвалою щодо надання дозволу на обстеження публічно недоступного місця, житла чи іншого володіння особи має бути одержаний дозвіл на аудіо-, відеоконтроль особи;

4) аудіо-, відеоконтроль особи для фіксування протиправних дій службових осіб та їх співучасників;

5) спостереження за особою для забезпечення одержання відомостей про контакти злочинців та їх переміщення в напрямі державного кордону України при переправленні через нього осіб;

6) затримання підозрюваних при вчиненні дій безпосередньо спрямованих на переправлення осіб через державний кордон України. Якщо місцем затримання є пункт прикордонного контролю, то затримання відбувається одразу після надання дозволу службовою особою ДПкС на перетин державного кордону України. У ситуаціях, коли службовою особою забезпечується переправлення осіб через державний кордон України поза пунктом пропуску через державний кордон України, таке

затримання рекомендується здійснювати на території контрольованого прикордонного району при русі в напрямі лінії державного кордону;

7) особистий обшук затриманих, транспортних засобів, які їм належать, робочого місця службових осіб;

8) огляд місця виявлення осіб, яких намагалися переправити через державний кордон України, для фіксування розташування транспортного засобу відносно лінії державного кордону України, напряму його руху та його вилучення;

9) повідомлення затриманим про підозру, допит їх як підозрюваних, обрання ним запобіжних заходів.

В подальшому здійснюються:

10) повідомлення дипломатичного представництва держави, громадянином якої є особа (особи), яких незаконного переправляли через державний кордон України, про факт вчинення ними протиправних дій, а також звернення до цієї установи із запитом щодо достовірності виявлених документів, які посвідчують їх особистість, надають право особам на в'їзд на територію цієї держави;

11) звернення із запитами до ДПкС, ДМС для одержання відомостей про попередній перетин громадянином іноземної держави, особи без громадянства державного кордону України, правового статусу цих осіб на території України. Перевірка законності перебування таких осіб на території нашої держави може забезпечити виявлення невідомого правоохоронним органом факту незаконного переправлення осіб через державний кордон України. Запитом до ДМС перевіряється і достовірність документів громадянина України;

12) тимчасовий доступ до документів органу державної влади, установи, де працює службова особа, для одержання документів, які підтверджують її статус та повноваження, а також виконання службових обов'язків у той час, коли був вчинений злочин;

13) обшуки в житлі чи іншому володінні особи, де вчинялися дії, спрямовані на готування до вчинення незаконного переправлення осіб через державний кордон України (виготовлялися тайник у транспортному засобі, підроблені документи, які були використані для надання ознак законності перетину державного кордону України), знаходяться засоби, які були для цього використані, а також тимчасово проживали особи, яких незаконно переправляли через державний кордон України;

14) огляд вилучених документів, транспортних засобів, інструментів, які були використані для виготовлення тайника, та накладення на них арешту;

15) допити як свідків службових осіб ДПкС щодо порядку перетину державного кордону громадянами України, іноземними громадянами, особами без громадянства, меж контрольованого придонного району, якщо було припинено незаконне переправлення осіб через державний кордон України поза прикордонного пункту пропуску, а службових осіб ДМС щодо виявлених порушень у оформленні документів, які надають право на перебування іноземця на території України, виїзду за її межі;

16) допити осіб, яких незаконно переправляли через державний кордон України, щодо відомих їм обставин готування та вчинення цього злочину;

17) допити як свідків понятих, які були присутні під час затримання підозрюваних, огляді місця затримання, проведенні обшуків на прикордонному пункті пропуску, житлі чи іншому володінні особи;

18) прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з долучених до матеріалів кримінального провадження процесуальних рішень, протоколів проведених оперативно-розшукових заходів та додатків до них, а також з процесуальних рішень, протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них;

19) призначення залежно від обставин вчинення незаконного переправлення осіб через державний кордон України техніко-криміналістичної експертизи документів, які були використані для надання ознак законності переправленню особи через державний кордон України, дактилоскопічної експертизи слідів пальців рук, вилучених із зовнішньої та внутрішньої поверхні тайника, у якому була схована особа, судово-медичної експертизи, для встановлення ступеню тяжкості, одержаних особою тілесних ушкоджень при переправленні її через державний кордон у тайнику, фоноскопічної експертизи аудіозаписів, одержаних за результатами зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, портретної експертизи відеозаписів аудіо-, відеоконтролю особи, спостереження за особою

для ідентифікації осіб, причетних до вчинення злочину. Для проведення ідентифікаційних експертиз попередньо мають бути одержані відповідні зразки для порівняльного дослідження;

20) одночасні допити двох чи більше раніше допитаних осіб у випадках наявності протиріч у їх показаннях.

Після проведення наведених процесуальних дій здійснюється повідомлення зміненої підозри та допити осіб як підозрюваних з урахуванням усіх зібраних доказів.

2. Відомості про незаконне переправлення особи через державний кордон України, вчинене службовою особою з використанням службового становища, стало відомо після його вчинення.

Як правило, це відбувається при затриманні іноземця при вчиненні ним правопорушення і перевірки законності його перебування на території України. Така слідча ситуація є несприятливою для розслідування цього злочину. Причинами цього є те, що подія незаконного переправлення особи через державний кордон України вже відбулася. Для доказування факту цього злочину та вини службової та інших осіб у його вчиненні необхідно довести, що відбулося переправлення іноземця через державний кордон України, при цьому саме службовою особою або за її співучасті.

У вчиненні такого злочину, як правило, беруть участь громадяни, у т.ч. це можуть бути і службові особи, держави, з якої прибув іноземець. Відповідно, для з'ясування всіх обставин переправлення особи через державний кордон України необхідно звернутися за міжнародною правовою допомогою у кримінальному провадженні. Успішність розслідування у цій ситуації залежить від комбінації чинників:

1) наявності детальних показань іноземця щодо обставин його переправлення через державний кордон України конкретною службовою особою з використанням службового становища або за співучасті з такою особою;

2) одержання даних, які підтверджують взаємозв'язок як між іноземцем, так і між особами, які незаконно переправили його через державний кордон України. Такі дані можуть бути одержані шляхом проведення:

- обшуків житла чи іншого володіння службових та інших осіб, щодо яких є дані про їх причетність до цього злочину, під час яких вилучаються їх мобільні термінали зв'язку, щоденники, блокноти, аркуші паперу, які містять дані про осіб, яких переправляли через державний кордон;

- почеркознавчої експертизи записів у вилученому щоденнику (блокноті, на аркуші паперу);

- комп'ютерно-технічної експертизи вилучених мобільних терміналів зв'язку, для встановлення набраних номерів, одержаних та пропущених дзвінків, надісланих, одержаних та збережених повідомлень (SMS, MMS, електронна пошта), змісту телефонної книги, нотаток, звукових, графічних, відео та інших файлів, у т.ч. й знищених у період часу, коли був вчинений злочин, що розслідується;

- тимчасового доступу до документів оператора телекомунікацій щодо з'єднань між мобільними терміналами зв'язку, якими користуються ці особи, місцезнаходження цих терміналів у період часу готування та вчинення цього злочину. Співставлення інформації щодо останнього може забезпечити одержання даних про зустрічі між такими особами;

- тимчасового доступу до відеозаписів камер відео спостереження у місцях, де за даними досудового розслідування відбувалися зустрічі між співучасниками;

- допитів як свідків осіб, які були присутні у таких місцях разом з цими особами та є їх знайомими;

3) одержання даних про переміщення особи через прикордонний пункт контролю, де працює службова особа у її робочий час. Це можна здійснити шляхом співставлення результатів тимчасового доступу до баз даних ДПкС щодо прикордонного контролю конкретних осіб, проїзду транспортного засобу та документів щодо призначення на посаду та робочого часу службової особи, щодо якої є дані про її причетність до злочину;

4) одержання в рамках звернення за міжнародною правовою допомогою до правоохоронних органів держави, з території якої за даними досудового розслідування відбулося переправлення іноземця через державний кордон України. В рамках міжнародного співробітництва може бути запитане:

- надання відомостей дипломатичним представництвом іноземної держави громадянином якої за документами є особа, яку переправили через державний кордон України, щодо достовірності цих документів;

- тимчасовий доступ до документів прикордонної служби іноземної держави щодо прикордонного контролю іноземця, транспортного засобу, на якому він був переправлений на територію України;

- тимчасового доступу до документів на право власності, керування транспортним засобом, на якому був переправлений іноземець на територію України.

Перед зверненням за міжнародною правовою допомогою у кримінальному провадженні слідчому необхідно:

- звернутися із запитами до ДПкС, ДМС для одержання відомостей про попередній перетин громадянином іноземної держави, особи без громадянства державного кордону України, правового статусу цих осіб на території України;

- здійснити тимчасовий доступ до документів органу державної влади, установи, де працює службова особа, для одержання документів, які підтверджують її статус та повноваження, а також виконання службових обов'язків у той час, коли був вчинений злочин;

- провести обшуки в житлі чи іншому володінні осіб, щодо яких є дані про їх причетність до незаконного переправлення особи через державний кордон України;

- огляд вилучених документів, транспортних засобів, які були використані для здійснення незаконного переправлення іноземця через державний кордон України, та накладення на них арешту;

- допити як свідків службових осіб ДПкС щодо порядку перетину державного кордону громадянами України, іноземними громадянами, особами без громадянства, а службових осіб ДМС щодо виявлених порушень у оформленні документів, які надають право на перебування іноземця на території України, виїзду за її межі.

Результати наведених процесуальних та інших дій можуть надати достатні докази для повідомлення про підозру службовим особам та їх співучасникам у вчиненні злочину, передбаченому частиною 2 ст. 332.

Відомості щодо обставин вчинення цього злочину, які містяться в матеріалах кримінального провадження можуть виступити як підстави для початку оперативно-розшукової діяльності щодо службової особи та інших осіб з метою виявлення фактів готування ними іншого незаконного переправлення осіб через державний кордон України.

Рішення про заведення оперативно-розшукової справи має прийматися на самому початку кримінального провадження. До того як слідчий здійснив процесуальні дії, які можуть проявити перед злочинцями той факт, що правоохоронним органам відомо про вчинені ними протиправні дії і ці особи в результаті приймуть рішення про припинення ними підготовки до вчинення незаконного переправлення осіб через державний кордон України.

Слідчий має враховувати факт наявності оперативно-розшукової справи, щоб проведенням процесуальних дій в рамках кримінального провадження не нашкодити діям оперативного підрозділу. Успішне документування факту вчинення нового незаконного переправлення особи через державний кордон України службовою особою та її співучасниками посилить позицію сторони обвинувачення при доказуванні вини таких осіб у вчиненні попереднього злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 332, сприятиме визнанню ними своєї провини у його ньому.

7.11. Злочини службових осіб, пов'язані з порушенням порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї (ч. 2 ст. 332-1 КК) *(М. Хавронюк, Д. Калмиков)*

Об'єкт злочину.

Об'єкт злочину – встановлений законодавством порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї.

Об'єктивна сторона злочину.

З об'єктивної сторони злочин може проявитися у двох формах, а саме в порушенні порядку:

1) в'їзду на тимчасово окуповану територію України;

2) виїзду з тимчасово окупованої території України.

Зазначений порядок визначається Законом «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», згідно зі ст. 10 якого громадяни України мають право на вільний та безперешкодний в'їзд на тимчасово окуповану територію і виїзд з неї через контрольні пункти в'їзду-виїзду за умови пред'явлення документа, що посвідчує особу та підтверджує громадянство України. В'їзд іноземців та осіб без громадянства на тимчасово окуповану територію

та виїзд з неї допускаються лише за спеціальним дозволом через контрольні пункти в'їзду-виїзду. Порядок в'їзду іноземців та осіб без громадянства на тимчасово окуповану територію та виїзду з неї встановлює КМ.

В'їзд на тимчасово окуповану територію України та виїзд з неї здійснюються через контрольні пункти:

- іноземців та осіб без громадянства – за паспортним документом та спеціальним дозволом, виданим територіальним органом ДМС або територіальним підрозділом ДМС у Новотроїцькому чи Геніческому районі Херсонської області;

- громадян України – за умови пред'явлення будь-якого документа, визначеного ст. 5 Закону «Про громадянство України» або ст. 2 Закону «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» (це: паспорт громадянина України; паспорт громадянина України для виїзду за кордон; тимчасове посвідчення громадянина України; дипломатичний паспорт; службовий паспорт; посвідчення особи моряка; посвідчення члена екіпажу; посвідчення особи на повернення в Україну);

- в'їзд громадян України, які не досягли 16-річного віку, – через контрольні пункти за умови пред'явлення паспорта громадянина України, або паспорта громадянина України для виїзду за кордон, або проїзного документа дитини з дотриманням вимог, передбачених для таких осіб пунктами 3-6 Правил перетинання державного кордону громадянами України, затв. постановою КМ від 27 січня 1995 р. №57;

- виїзд громадян України, які не досягли 16-річного віку, – через контрольні пункти за умови пред'явлення паспорта громадянина України, або паспорта громадянина України для виїзду за кордон, або проїзного документа дитини у супроводі одного з батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників або інших законних представників чи в супроводі інших осіб, уповноважених одним із батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників або інших законних представників.

Перелік контрольних пунктів наведено в додатку 1 до Порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 332-1, може бути будь-яка фізична осудна особа, яка на момент вчинення цього злочину досягла 16-річного віку.

Суб'єктивна сторона злочину.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується умислом і обов'язковою **метою** – заподіяння шкоди інтересам держави. Остання може проявитися, зокрема, у намірі вчинити акт диверсії чи терористичний акт, організувати масові заворушення тощо.

Якщо особа (у т.ч. службова) не усвідомлювала, що вона порушує порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України чи порядок виїзду з неї, то кримінальна відповідальність за ст. 332-1 виключається.

Не притягається до кримінальної відповідальності за цією статтею й особа, яка хоч й усвідомлювала той факт, що своїми діями порушує порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України чи порядок виїзду з неї, але при цьому не мала мети заподіяння шкоди інтересам держави.

Особливості кваліфікації.

Вчинення злочину, передбаченого ст. 332-1, службовою особою з використанням службового становища є кваліфікованим видом цього злочину, а тому підлягає оцінці за ч. 2 ст. 332-1. За ч. 1 ст. 332-1 дії службової особи можуть бути кваліфіковані лише у разі, якщо під час вчинення злочину вона не використовувала своє службове становище.

Факти вчинення службовою особою з використанням службового становища цього злочину повторно або за попередньою змовою групою осіб на кваліфікацію вичиненого не впливають (незалежно від наявності чи відсутності цих обставин вчинене має кваліфікуватися за ч. 2 ст. 332-1), хоча й повинні бути враховані судом під час індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання.

Вчинення службовою особою з використанням службового становища цього злочину у складі організованої групи слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 332-1.

Якщо службова особа вичиняє цей злочин з метою отримання неправомірної вигоди чи в результаті її фактичного отримання (такі випадки мають місце при вчиненні цього злочину у

співучасті), то вчинене потребує додаткової кваліфікації за статтями 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4 чи 369-2.

> *Дії заступника командира 1 механізованого батальйону 28 окремої механізованої бригади Збройних Сил України, який сприяв незаконному в'їзду на тимчасово окуповану територію України особам, які здійснювали керування 4 великогабаритними вантажними автомобілями (надавав поради та вказівки щодо маршруту руху поза контрольними пунктами в'їзду-виїзду через лінію розмежування на тимчасово окуповану територію Донецької області, минаючи взводні опорні пункти та блокпости, а також убезпечив ці автомобілі від огляду та перевірки), Мар'їнський районний суд Донецької області кваліфікував як пособництво у порушенні порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України, здійснене з метою заподіяння шкоди інтересам держави (ч. 5 ст. 27 – ч. 2 ст. 332-1)*[1]**.**

Злочин, передбачений ст. 332-1, слід відмежовувати від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 204-2 КУпАП «Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї». Ключовою розмежувальною ознакою цих суміжних правопорушень є **мета** вчинення порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України чи виїзду з неї. Якщо такий порядок порушено з метою заподіяння шкоди інтересам держави, то вчинене слід кваліфікувати як злочин, передбачений ст. 332-1, якщо ж особа не переслідувала такої мети, то вчинене слід оцінювати як адміністративне правопорушення, описане ст. 204-2 КУпАП.

Практика реалізації заборони, найбільш поширені способи («схеми») вчинення злочину.

1. Попри певні надії, що покладалися на кримінально-правову протидію порушенням порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України чи виїзду з неї, ст. 332-1 майже не застосовується на практиці.

За інформацією ДСА[2], протягом 2014–2018 років за ст. 332-1 засуджено лише 24 особи (за ч. 1 – 12 осіб, за ч. 2 – 11 осіб, за ч. 3 – 1 особу). Жодної особи за пред'явленим обвинуваченням виправдано не було.

2. За результатами вивчення 42 вироків у кримінальних провадженнях, відкритих щодо осіб, які вичинили кримінально каране порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України чи виїзду з неї було встановлено, що в більшості випадків виконавцями цих злочинів є не службові особи.

3. Досить поширеними є випадки, коли одним зі співучасників (як правило, пособником) вчинення злочину, передбаченого ст. 332-1, є службова особа (як правило, військова службова особа), яка отримує неправомірну вигоду за сприяння безперешкодному перетинанню виконавцем злочину «лінії зіткнення» поза відповідними контрольними пунктами.

> *22 травня 2015 р. у населеному пункті Курахово Маріїнського району Донецької області місцевий ФОП познайомився з військовою службовою особою, яка запропонувала надати свої послуги з організації безперешкодного перетинання цією особою (на вантажному автомобілі з 10 тонами продуктів харчування) поза визначеними контрольними пунктами в'їзду-виїзду лінії зіткнення та перевезення до тимчасово окупованої території Донецької області України вантажу без його огляду та перевірки підлеглими цій службовій особі військовослужбовцями 1 батальйону 28 окремої механізованої бригади Збройних Сил України. За свої послуги зазначена військова службова особа просила надати їй неправомірну вигоду у розмірі 40000 грн*[3]**.**

4. Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України чи виїзду з неї на практиці часто поєднується з пропозицією надання чи фактичним наданням службовій особі неправомірної вигоди, але при цьому завершити злочин до кінця не вдається через обставини, що не залежали від волі винних осіб. Такі дії цілком правильно кваліфікуються як закінчений злочин, передбачений ст. 369, та замах на злочин, описаний ст. 332-1.

---

[1] Вирок Мар'їнський районний суд Донецької області від 11 лютого 2016 р. у справі №237/3/16-к (провадження №1-кп/237/149/16). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59241365.

[2] Інформація ДСА, що надається у відповідних річних звітах у контексті ст. 332-1 КК скоріше за все є некоректною (неповною), оскільки лише в ЄДРСР нам вдалося знайти 42 вироки, прийнятих у цій категорії справ.

[3] Вирок Суворовського районного суду м. Одеси від 16 листопада 2015 р. у справі №523/17541/15-к (провадження №1-кп/523/664/15). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53560903.

15 червня 2015 р. приватний підприємець надав командиру 1 механізованого батальйону 28 окремої механізованої бригади Збройних Сил України частину раніше обумовленої неправомірної вигоди у вигляді грошових коштів у розмірі 10000 грн. за забезпечення переміщення належного йому автомобіля марки «Фольксваген Транспортер Т-5» із забороненим для переміщення через лінію розмежування вантажем (промисловими товарами) шляхом його пропуску без зупинки та огляду військовослужбовцями (які є підлеглими зазначеної вище службової особи) через взводний опорний пункт №2802 та супроводження до лінії розмежування поза визначеними Порядком контрольними пунктами в'їзду-виїзду на тимчасово окуповану територію Донецької області.
19 червня 2015 р. близько 02.00 години приватний підприємець проїхав поза визначеними Порядком контрольними пунктами в'їзду-виїзду через с. Солодке Мар'їнського району Донецької області та вирушив у напрямку лінії розмежування до взводного опорного пункту №2802, розташованого поблизу с. Березове Мар'їнського району Донецької області. Утім, близько 03.30 години того ж дня його транспортний засіб затриманий співробітниками правоохоронних органів, а його протиправну діяльність – припинено.
Такі дії приватного підприємця кваліфіковано за сукупністю злочинів: ч. 1 ст. 369 та ч. 3 ст. 15 – ч. 2 ст. 332-1[1].

7.12. Методика розслідування злочинів, передбачених ч. 2 ст. 332-1 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

З прийняттям 18 січня 2018 р. Закону «Про особливості державної політики із забезпечення державної політики на тимчасово окупованих територіях у Луганській та Донецькій областях» остаточно були зняті питання щодо законності притягнення до кримінальної відповідальності осіб за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї у Луганській та Донецькій областях.

Сутність проблеми полягала у тому, що 15 квітня 2014 р. був прийнятий Закон «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», у ст. 3 якого тимчасово окупованою територією були визнані сухопутна територія Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, внутрішні води України цих територій, а також внутрішні морські води і територіальне море України навколо Кримського півострова, територія виключної (морської) економічної зони України вздовж узбережжя Кримського півострова та прилеглого до узбережжя континентального шельфу України, на які поширюється юрисдикція органів державної влади України відповідно до норм міжнародного права, Конституції та законів України.

17 березня 2015 р. ВР була прийнята постанова «Про визнання окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей тимчасово окупованими територіями», згідно з якою тимчасово окупованими територіями визнані окремі райони, міста, селища і села Донецької та Луганської областей, в яких відповідно до Закону «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування, до моменту виведення усіх незаконних збройних формувань, російських окупаційних військ, їх військової техніки, а також бойовиків та найманців з території України та відновлення повного контролю України за державним кордоном України.

Тобто визнання частини території Луганської та Донецької областей тимчасово окупованою відбулося не шляхом внесення змін до Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», а постановою ВР, якою були розширені положення ст. 3 цього Закону.

Таким чином, було порушено правило, за яким всі підзаконні нормативно-правові акти приймаються на основі законів та за своїм змістом не повинні суперечити їм. Отже, як зазначає МЮ у пункті 2 листа №Н-35267-18 від 30 вересня 2009 р., у разі існування неузгодженості між актами, виданими одним і тим же органом, але які мають різну юридичну силу, застосовується акт вищої юридичної сили.

---

[1] Вирок Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 29 грудня 2015 р. у справі №235/10514/15-к (провадження №1кп/235/819/15). ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54789754.

Це виступало підґрунтям для окремих науковців та захисників у кримінальних провадженнях вказувати на відсутність підстав для притягнення осіб до кримінальної відповідальності за порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї в напрямі окремих районів Донецької та Луганської областей. Те, що існують закони, одним з яких тимчасово окупованою територією визначається територія та внутрішні морські води і територіальне море України навколо Кримського півострова, а другим сухопутна територія, її внутрішні води та внутрішні морські води, прилеглі до сухопутної території у межах окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей, не має розглядатися як конкуруючі між собою нормативно-правові акти. Стаття 2 Закону «Про особливості державної політики із забезпечення державної політики на тимчасово окупованих територіях у Луганській та Донецькій областях» визначає як тимчасово окуповані і території у Донецькій та Луганській областях і у Автономній Республіці Крим та місті Севастополі. Слідчому, прокурору під час досудового розслідування слід враховувати положення цих законів, зокрема, при повідомленні особам про підозру та складанні обвинувальних актів вказувати нормативно-правові акти, згідно з якими визначаються межі тимчасово окупованих територій та порядок виїзду та в'їзду з них.

Окрім наведених вище, до числа ключових нормативно-правових актів, положення яких мають значення для встановлення обставин події кримінального правопорушення, передбаченого у ч. 2 ст. 332-1, відносяться:

- в напрямі Автономної Республіки Крим – Закон «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України», постанова КМ «Про затвердження Порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї»;

- в напрямі окремих районів Донецької та Луганської областей – розпорядження КМ «Про затвердження переліку населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження, та переліку населених пунктів, що розташовані на лінії зіткнення», накази першого заступника керівника Антитерористичного центру при СБ (керівника антитерористичної операції на території Донецької та Луганської областей) «Про затвердження Тимчасового порядку контролю за переміщенням осіб через лінію зіткнення у межах Донецької та Луганської областей», «Про затвердження Тимчасового порядку контролю за переміщенням осіб, транспортних засобів та вантажів (товарів) через лінію зіткнення у межах Донецької та Луганської областей».

Особливості виявлення та розслідування порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, вчиненого службовою особою з використанням службового становища, зумовлені тим, що ч. 2 ст. 332-1 є злочином середньої тяжкості, тому оперативні підрозділи обмежені заходами, передбаченими у пунктах 1, 4–6, 12–16, 18–20 ч. 1 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність», а слідчі – негласними слідчими (розшуковими) діями, передбаченими у ч. 2 ст. 264 та ст. 268 КПК. Однак, якщо службова особа діє у складі організованої групи (ч. 3 ст. 332-1), то оперативному підрозділу та слідчому доступний весь арсенал оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій.

Свою специфіку має виявлення фактів вчинення злочинів, передбачених у ч. 2 ст. 332, по напрямку окремих районів Донецької та Луганської областей. Вона обумовлена проведенням операції Об'єднаних сил. Співробітники оперативних підрозділів, слідчі мають враховувати особливості встановлення та дотримання режиму у зонах безпеки, прилеглих до району бойових дій, повноваження осіб, які діють у складі підрозділів збройних сил, правоохоронних органів Об'єднаних сил, передбачені у ч. 6 ст. 12 Закону «Про особливості державної політики із забезпечення державної політики на тимчасово окупованих територіях у Луганській та Донецькій областях», та можливості їх взаємодії у зонах безпеки при реалізації заходів, спрямованих на виявлення та припинення незаконного переміщенням осіб з тимчасово окупованої та на тимчасово окуповану територію.

Як і щодо виявлення фактів незаконного переправлення осіб через державний кордон України (ст. 332), виявлення порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї службовою особою з використанням службового становища, як свідчить аналіз слідчої практики, має відбуватися в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності оперативними підрозділами СБ та ДПкС, а також НП та ДФС.

Слідча та судова практика свідчить, що закономірним для порушення порядку в'їзду на тимчасово

окуповану територію України та виїзду з неї є вчинення його за попередньою змовою групою осіб. Рідше виявляються факти вчинення цього злочину організованою групою. Однак, це не означає, що обвинувальні акти, вироки у кримінальних провадженнях за ст. 332-1 об'єктивно відображають реальний стан речей. Нерідко документується один епізод порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, вчинене декількома особами, і при цьому непоодинокими є випадки не встановлення особистості третього чи більшої кількості співучасників одного чи двох затриманих злочинців. Це майже виключає перспективність доказування факту вчинення злочину, передбаченого у ч. 3 ст. 332-1.

Причини цього: а) виявлення фактів порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї може відбуватися в результаті здійснення затримання військовослужбовцями ДПкС, СБ, співробітниками НП, які виконують завдання з недопущення незаконного перетину лінії розмежування з тимчасово окупованою територією осіб, які, як правило, пересуваються до лінії або від лінії розмежування з тимчасово окупованою територією на транспортних засобах; б) попередньо оперативно-розшукова діяльність щодо цих осіб оперативними підрозділами СБ, ДПкС, НП, ДФС не здійснювалася. Відповідно, після такого затримання важко довести по одному епізоду та коли підозрювані не дають точних показань щодо їх співучасників, або коли такі показання дають, але співучасники знаходяться на тимчасово окупованій території України, наявність ознак організованої групи і перевірити версію, що до вчинення цього злочину причетна службова особа.

Найбільш розповсюдженими є ситуації такого перетину особами на транспортних засобах, завантажених товаром, призначеним для подальшої реалізації на тимчасово окупованій території. Закономірною складовою організації любого придбання та поставки товарно-матеріальних цінностей з подальшим їх продажем є причетність до цих операцій декількох осіб. Це дає достатньо підстав при отриманні відповідної інформації оперативним підрозділом для висування версій щодо готування та вчинення злочину, передбаченого ст. 332-1, як мінімум за попередньою змовою групою осіб.

При висуванні версій має враховуватися і можливість вчинення цього злочину за участі службової особи з використанням свого службового становища як при перетині лінії розмежування з тимчасово окупованою територією через спеціально створені для цього українською владою контрольні пункти, так і поза їх межами.

Щодо першої ситуації така версія може ґрунтуватися на тому, що без участі службових осіб ДПкС, ДФС, ДМС, СБ, ЗС проблематичним є перетин лінії розмежування з тимчасово окупованою територією з порушенням порядку в'їзду та виїзду з неї (наприклад, з товарно-матеріальними цінностями без документів, або з підробленими документами тощо). А щодо другої – для перетину лінії розмежування поза межами встановлених дорожніх коридорів та контрольних пунктів необхідно володіти відомостями щодо шляхів, по яких можна відносно безпечно виїхати на тимчасово окуповану територію та в'їхати з неї. І такі відомості можуть надавати службові особи ДПкС, НП, СБ, ДФС, ЗС. Важливість відпрацювання такої версії зумовлюється тим, що завдяки цьому з самого початку роботи по оперативно-розшуковій справі, кримінальному провадженню своєчасно вживаються заходи, спрямовані на запобігання витоку інформації про документування злочинної діяльності, спрямованої на порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, які в подальшому забезпечують умови для збирання доказів протиправних дій службової особи, яка вчинила злочин, передбачений у ч. 2 ст. 332-1.

Для доказування обставин вчинення службовою особою з використанням свого службового становища злочину, передбаченого ст. 332-1, має значення встановлення таких **обставин:**

- розташування та межі ділянки лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, контрольованого району, контрольного пункту, де відбулася спроба чи порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, а також їх характеристика (наприклад, обладнання доріг і вулиць у контрольованому районі дорожніми знаками, інформаційними покажчиками, які попереджають про дорожні коридори, офіційного періоду робочого часу контрольного пункту через лінію розмежування, тощо), розташування місця затримання та напряму руху злочинців відносно лінії розмежування з тимчасово окупованою територією;

- дата та час порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України, виїзду з неї;

- відомості про службову особу та її повноваження, використовуючи які вона намагалася здійснити, здійснила дії, спрямовані на порушення порядку виїзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, мотиви її дій, у якій формі були вчинені протиправні дії цією

особою (організація незаконного перетину лінії розмежування з окупованою територією, керівництво незаконним перетином, сприяння його вчиненню);

- відомості про співучасників службової особи, хто, які дії за попередньою домовленістю вчинив, обставини попередньої змови на вчинення незаконного переправлення осіб, перевезення вантажу через лінію розмежування з тимчасово окупованою територією, створення організованої групи, діяльність якої спрямована на здійснення перевезення вантажів, перетину особами лінії розмежування з тимчасово окупованою територією України (час, місце, хто ініціатор, як визначалися та розподілялися ролі між співучасниками), мотиви їх дій;

- відомості про осіб, які незаконно перетнули чи намагалися перетнути лінію розмежування (прізвище, ім'я, вік, наявність громадянства або його відсутність, законність їх проживання або перебування на території України), чому особи не скористалися контрольним пунктом в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, відомості про транспортний засіб, на якому ці особи пересувалися (модель, марка, номер державної реєстрації, кому він належить, хто має право керування ним, на підставі яких документів) наявність у осіб та транспортних засобів, на яких вони рухалися, спеціального дозволу;

- характеристика вантажу, який незаконно перевозився особами через лінію розмежування з тимчасово окупованою територією України (найменування, кількість, вартість), кому він належить, де, коли та ким був придбаний, куди і коли його мали привезти;

- ким, коли, у який спосіб був виявлений факт незаконного в'їзду на тимчасово окуповану територію, виїзду з неї, розташування місця затримання підозрюваних відносно лінії розмежування з тимчасово окупованою територією України;

- розмір неправомірної вигоди, одержаної службовою особою, та кількість коштів, які були одержані кожним (мали одержати) з її співучасників внаслідок дій, спрямованих на порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України, виїзду з неї.

Окремим напрямом для розслідування у ситуаціях виявлення факту незаконного перетину лінії розмежування з тимчасово окупованою територією іноземними громадянами чи особами без громадянства є встановлення законності їх потрапляння на територію нашої держави, а також дослідження на предмет достовірності їх документів. Але не слід забувати про перевірку документів громадян України на предмет їх можливої підробки. Важливість результативного відпрацювання цього напряму визначається тим, що це дозволяє виявити як невідомі правоохоронним органам факти незаконного переправлення осіб через державний кордон України так і осіб, які в'їжджають з тимчасово окупованої території України, з метою вчинення протиправних дій, зокрема, терористичних актів.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини готування вчинення дій, спрямованих на порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України або виїзду з неї службовою особою або за її співучасті стало відомо в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів оперативним підрозділом.

Алгоритм дій слідчого у кримінальному провадженні, як і співробітників оперативного підрозділу по оперативно-розшуковій справі, залежить від того, чи підпадає порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію або виїзду з неї під ознаки частин 2 або 3 ст. 332-1.

Злочин, передбачений ч. 2 ст. 332-1, не є нетяжким, а тому оперативний підрозділ, слідчий обмежені у засобах документування протиправної діяльності службової особи.

Виходячи з цього, особливе значення для доказування факту вчинення цього злочину набуває затримання осіб при спробі незаконного в'їзду на тимчасово окуповану територію або при виїзді з неї. Таке затримання організовується із залученням підрозділів ДПкС, СБ, ДФС, НП, на які покладені завдання по недопущенню незаконного перетину на тій ділянці лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, де згідно із наявною у оперативного підрозділу, слідчого інформації буде вчинений злочин, передбачений частиною 2 ст. 332-1. При вирішенні питання щодо залучення таких підрозділів слід завжди враховувати імовірність витоку інформації про майбутнє затримання і обирати ті, від службових осіб яких його не буде. У такій ситуації поряд із затриманням підозрюваних та їх особистим обшуком, під час якого мають бути вилучені наявні у них документи, які посвідчують їх особистість, документи на транспортний засіб, вантаж, який вони перевозять на ньому, мобільні телефони, **здійснюється:**

- огляд місця події з метою фіксування місця затримання відносно лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, найближчих населених пунктів, контрольного пункту, дорожнього коридору до нього. Якщо затриманим є володілець транспортного засобу, на якому він здійснив спробу або перетнув лінію розмежування з тимчасово окупованою територією, і він надав згоду на огляд цього транспортного засобу, то він оглядається та вилучається. Якщо такої згоди немає, то транспортний засіб оглядається ззовні, фіксуються його марка, модель, номер державної реєстрації, та вилучається. Після одержання ухвали слідчого судді цей транспортний засіб оглядається повністю. Якщо на місці затримання підозрюваних з огляду на небезпеку життю та здоров'ю затриманих та учасників огляду тривалий час знаходитися не можна, то слідчим оглядом може бути оформлено GPS-позиціонування місця затримання та вилучення транспортного засобу, на якому пересувалися затримані особи. Огляд транспортного засобу в подальшому проводиться у безпечному для цього місці;

- повідомлення затриманим особам про підозру, допит їх як підозрюваних щодо обставин, перелік яких був наведений у загальних положеннях цих методичних рекомендацій, вирішення питання щодо обрання ним запобіжного заходу.

Якщо у оперативного підрозділу наявні достатні дані про вчинення службовою особою у складі організованої групи злочину, передбаченого ст. 332-1, то після внесення відомостей до ЄРДР керівником органу досудового розслідування створюється слідча група, яка забезпечує організацію та проведення **тактичної операції «Затримання осіб при незаконному перетині лінії розмежування з тимчасово окупованою територією України».** До складу вказаної тактичної операції, залежно від обраного способу порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України або виїзду з неї та місця, де працює, і посади, яку займає службова особа (ДПкС, ЗС, НП, СБ, ДФС), можуть бути включені:

1) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж з метою фіксування спілкування між особами, щодо яких є відомості про готування ними незаконного перетину лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, а також виявлення невідомих слідству їх співучасників;

2) установлення місцезнаходження радіоелектронних засобів, якими користуються особи, які готують незаконний перетин лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, для локалізації їх місцезнаходження у зв'язку із вчиненням злочину;

3) обстеження публічно недоступного місця, житла чи іншого володіння особи, в рамках якого можуть бути встановлені технічні засоби аудіо-, відеоконтролю особи в середині приміщення (приватного будинку, контрольного пункту, тощо) чи транспортного засобу, щодо яких є дані про використання їх під час готування та вчинення злочину. У таких випадках одночасно із ухвалою щодо надання дозволу на обстеження публічно недоступного місця, житла чи іншого володіння особи має бути одержаний дозвіл на аудіо-, відеоконтроль особи;

4) аудіо-, відеоконтроль особи для фіксування протиправних дій службових осіб та їх співучасників;

5) спостереження за особою для забезпечення одержання відомостей про контакти злочинців та їх переміщення в напрямі перетину лінії розмежування з тимчасово окупованою територією;

6) затримання підозрюваних при вчиненні дій безпосередньо спрямованих на перетин лінії розмежування з тимчасово окупованою територією. Якщо місцем затримання є контрольний пункт, то затримання відбувається одразу після надання дозволу службовою особою на перетин лінії розмежування. У ситуаціях, коли службовою особою забезпечується переправлення осіб через лінію розмежування з тимчасово окупованою територією поза контрольним пунктом, таке затримання рекомендується здійснювати при русі в напрямі лінії розмежування поза межами встановленого дорожнього коридору до контрольного пункту;

7) особистий обшук затриманих, транспортних засобів, які їм належать, робочого місця службових осіб;

8) огляд місця затримання осіб, які намагалися або здійснили перетин лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, для фіксування розташування транспортного засобу відносно лінії розмежування, напряму його руху та його вилучення;

9) повідомлення затриманим про підозру, допит їх як підозрюваних, обрання ним запобіжних заходів.

В подальшому здійснюються:

10) повідомлення дипломатичного представництва держави, якщо затриманим є її громадянин,

про факт вчинення ним протиправних дій, а також звернення до цієї установи із запитом щодо достовірності виявлених документів, які посвідчують його особистість;

11) тимчасовий доступ до документів ДПкС, ДМС для одержання відомостей про попередній перетин громадянином іноземної держави, особи без громадянства державного кордону України, правового статусу цих осіб на території України. Перевірка законності перебування таких осіб на території нашої держави може забезпечити виявлення невідомого правоохоронним органом факту незаконного переправлення осіб через державний кордон України. Запитом до ДМС перевіряється і достовірність документів громадянина України, наявності спеціальних дозволів, законності їх знаходження на тимчасово окупованій території України;

12) тимчасовий доступ до документів органу державної влади, установи, де працює службова особа, для одержання документів, які підтверджують її статус та повноваження, а також виконання службових обов'язків у той час, коли був вчинений злочин;

13) тимчасовий доступ до документів мобільного оператора для одержання відомостей як щодо пересування мобільного терміналу зв'язку так і щодо з'єднань, повідомлень абонента телекомунікаційної мережі протягом періоду часу, коли за даними досудового розслідування здійснювалося готування та вчинення злочину. Ці відомості можуть надати дані щодо можливих співучасників підозрюваного, а також забезпечують перевірку його показань щодо його спілкування зі співучасниками, переміщення у контрольованому районі. Також відомості про переміщення мобільного терміналу, яким користується підозрюваний, можуть забезпечити виявлення не відомих слідчому випадків незаконного перетину лінії розмежування з тимчасово окупованою територією;

14) обшук житла чи іншого володіння затриманих для пошуку та вилучення грошових коштів, які були одержані в результаті вчинення злочину, знарядь виготовлення тайника у транспортному засобі, та інших матеріальних об'єктів, які можуть мати значення для кримінального провадження;

15) огляд вилучених документів, грошових коштів, транспортних засобів, товарно-матеріальних цінностей, інструментів, які були використані для виготовлення тайника, та накладення на них арешту;

16) допит як свідка службових осіб ДПкС щодо порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, встановлених дорожніх коридорів, контрольних пунктів, меж контрольованого району, якщо був припинений незаконний перетин лінії розмежування поза межами контрольного пункту, а службових осіб ДМС щодо виявлених порушень у оформленні спеціальних дозволів;

17) допити як свідків понятих, які були присутні під час затримання підозрюваних, огляді місця затримання, проведенні обшуків;

18) прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з долучених до матеріалів кримінального провадження процесуальних рішень, протоколів проведених оперативно-розшукових заходів та додатків до них, а також з процесуальних рішень, протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них;

19) призначення залежно від обставин вчинення злочину фоноскопічної експертизи аудіозаписів, одержаних за результатами зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, портретної експертизи відеозаписів аудіо-, відеоконтролю особи, спостереження за особою для ідентифікації осіб, причетних до вчинення злочину, товарознавчої експертизи для встановлення вартості майна, яке було вилучене у затриманих, техніко-криміналістичної експертизи документів, які посвідчують особу затриманих. Для проведення ідентифікаційних експертиз попередньо мають бути одержані відповідні зразки для порівняльного дослідження;

20) одночасні допити двох чи більше раніше допитаних осіб у випадках наявності протиріч у їх показаннях.

Після проведення наведених процесуальних дій здійснюється повідомлення зміненої підозри та допити осіб як підозрюваних з урахуванням усіх зібраних доказів.

2. Спроба порушення або порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України або виїзду з неї, вчинене службовою особою з використанням службового становища, виявлена в результаті здійснення підрозділами ДПкС, НП, ДФС, СБ заходів, спрямованих на недопущення незаконного перетину лінії розмежування.

У цій ситуації слідчий після внесення відомостей до ЄРДР здійснює затриманням підозрюваних та їх особистий обшук, під час якого мають бути вилучені наявні у них документи, які посвідчують

їх особистість, документи на транспортний засіб, вантаж, який вони перевозять на ньому, мобільні телефони. Далі має бути проведений:

- огляд місця події з метою фіксування місця затримання відносно лінії розмежування з тимчасово окупованою територією, найближчих населених пунктів, контрольного пункту, дорожнього коридору до нього;

- огляд на підставі ухвали слідчого судді транспортного засобу, на якому пересувалися затримані, та який був вилучений під час огляду місця події. Якщо транспортний засіб разом із затриманими доставлений службовими особами підрозділу ДПкС, НП, ДФС чи СБ до правоохоронного органу, то транспортний засіб оглядається ззовні та вилучається. А після того на підставі ухвали слідчого судді здійснюється його повний огляд та огляд вантажу;

- допит як свідків службових осіб підрозділу ДПкС, НП, ДФС чи СБ, які затримали осіб, що порушували порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, щодо місця, підстав, обставин затримання, огляду транспортних засобів та речей, які ними перевозилися;

- повідомлення затриманим особам про підозру, допит їх як підозрюваних щодо обставин, перелік яких наведений у загальних положеннях цих методичних рекомендацій, вирішення питання щодо обрання ним запобіжного заходу.

Подальші процесуальні дії в цілому відповідають переліку подальших процесуальних дій, наведених для першої слідчої ситуації.

7.13. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1 КК) і зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК) *(В. Навроцький)*

Місце злочинів, передбачених статтями 364-1 та 365-2 КК, в системі посягань про зловживання службовим становищем.

Український законодавець притримується концепції диференціації кримінальної відповідальності публічних службових осіб та службових осіб приватного права. Тому відповідальність за зловживання повноваженнями, якими особа наділена у зв'язку з перебуванням на певній посаді, передбачена у різних статтях Особливої частини КК. Зловживання так званих публічних службових осіб охоплюються ст. 364, а службових осіб приватного права та осіб, які надають публічні послуги – *quasi*-службових осіб (які мають статус, що схожий з їх статусом, але не є службовими особами) – у статтях 364-1 та 365-2.

Вказані статті передбачають суміжні склади злочинів. Вони характеризуються певними спільними ознаками, водночас існують і розмежувальні ознаки, наявність яких дозволяє встановити відмінність між такими складами злочинів.

Співвідношення складів злочинів, передбачених статтями 364, 364-1 та 365-2 як суміжних означає, що ці статті не перебувають між собою у відносинах конкуренції.

Винятком є зловживання повноваженнями такими особами, які є публічними службовими особами і, водночас, перелічені в ст. 365-2 серед суб'єктів злочину «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» – службові особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, державні виконавці, державні реєстратори. Зловживання, допущені ними, охоплюються і ст. 364, і ст. 365-2. Відповідно, ці статті перебувають у відносинах конкуренції. Видом конкуренції є конкуренція статей, які передбачають, відповідно, загальну та спеціальну норму. Пріоритет за такого виду конкуренції віддається статті, яка передбачає спеціальну норму, тобто ст. 365-2.

Щодо усіх інших випадків, названі склади злочинів не є частиною іншого. Відповідно, якщо зловживання службових осіб юридичних осіб приватного права або осіб, які виконують публічні функції не охоплюються ст. 364-1 або 365-2, то:

- щодо таких діянь не може бути застосована ст. 364 – вона не передбачає загальну норму чи елемент складеної норми;

- такі діяння (зловживання) зазвичай не охоплюються іншими статтями розділу «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Проте, якщо зловживання цих осіб полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки незаконної вигоди або її одержанні, то скоєне кваліфікується за статтями 368-3, 368-4;

- такі діяння можуть становити собою загальнокримінальні злочини (типово – шахрайство).

КК не виділяє в окремі статті перевищення повноважень службовими особами юридичних осіб приватного права та особами, які надають публічні послуги (на відміну від перевищення влади або службових повноважень публічних службових осіб, яке регламентоване ст. 365). Тому є підстави вважати, що статті 364-1 та 365-2 охоплюють як службові зловживання цих осіб, **так і перевищення ними своїх повноважень**.

Обов'язкові ознаки складів злочинів, передбачених статтями 364-1 і 365-2 КК.

Низка ознак складів злочинів, передбачених ст. 364 та статтями 364-1, 365-2, збігається. Це має місце щодо усіх ознак складів злочинів, обов'язковість яких випливає зі статей Загальної частини КК (причиновий зв'язок, загальні ознаки суб'єкта), та більшості конститутивних ознак, вказаних у диспозиціях відповідних статей Особливої частини КК.

Тому доцільно конститутивні ознаки складів аналізованих злочинів викласти поряд, у формі Таблиці 20.

Таблиця 20. **Конститутивні ознаки складів злочинів, передбачених статтями 364-1 і 365-2.**

Назва обов'язкової конститутивної ознаки складу злочину	Вказівка на ознаку у диспозиціях ст. 364 КК та статтях 364-1, 365-2 КК
Об'єкт	Інтереси служби – ст. 364. Інтереси юридичної особи приватного права – ст. 364-1. Не вказаний – ст. 365-2.
Діяння	Використання влади або службового становища всупереч інтересам служби –ст. 364. Використання своїх повноважень всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми – ст. 364-1. Зловживання своїми повноваженнями – ст. 365-2.
Наслідки	Істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб.
Суб'єкт (спеціальна ознака)	Службова особа – ст. 364. Службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми – ст. 364-1. Аудитор; нотаріус; оцінювач; уповноважена на те службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб; експерт; арбітражний керуючий; приватний виконавець; незалежний посередник; член трудового арбітражу; третейський суддя; державний реєстратор; суб'єкт державної реєстрації прав; державний виконавець; інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але надає професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг – ст. 365-2.
Вина (форма)	Умисел – ст. 364. Умисел – ст. 364-1. Не вказано – ст. 365-2.
Мета	Одержання неправомірної вигоди для себе чи для іншої фізичної чи юридичної особи – ст. 364. Одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб – ст. 364-1. Отримання неправомірної вигоди – ст. 365-2.

Об'єкт злочинів, передбачених статтями 364-1 та 365-2 КК.

Об'єкт цих злочинів однорідний з об'єктом зловживання владою або службовим становищем. Ним виступають суспільні відносини, які виникають з приводу виконання службовими особами юридичних осіб приватного права або ж особами, які надають публічні послуги, лише в інтересах тих інституцій, від імені яких вони виконують покладені обов'язки та які наділили їх повноваженнями –

юридичних осіб приватного права або ж суспільних чи державних установ, які уповноважили їх на надання публічних послуг. Такі відносини виступають **основним обов'язковим об'єктом** цього злочину.

Оскільки ці посягання здійснюються з метою одержання неправомірної вигоди, то вони посягають і на суспільні відносини, які складаються з приводу розподілу матеріальних благ у суспільстві внаслідок прагнення винного до протиправного збагачення, то такі відносини виступають **додатковим обов'язковим об'єктом** цього злочину.

Нарешті, оскільки ці злочини передбачають заподіяння істотної шкоди право охоронюваним інтересам, то вони порушують ще один **обов'язковий додатковий об'єкт** – права, свободи та інтереси окремих громадян або державні чи громадські інтереси або інтереси юридичних осіб. Як і щодо ст. 364, таким об'єктом можуть виступати лише права та інтереси матеріального характеру або ж заподіяння шкоди яким має матеріальний еквівалент і її розмір у сто чи більше разів перевищує нмдг.

Складний характер об'єкта вказаних злочинів (те, що він охоплює три групи суспільних відносин – включає три об'єкти) означає, що кримінальна відповідальність за статтями 364-1, 365-2 настає лише за умови, що має місце порушення усієї сукупності вказаних вище охоронюваних суспільних відносин. Відповідно, якщо один із цих об'єктів не порушений (зокрема, коли допущене зловживання не потягло істотного порушення охоронюваних прав та інтересів чи коло воно не спрямоване на протиправне збагачення шляхом одержання неправомірної вигоди), то кримінальна відповідальність за цими статтями КК наставати не може у зв'язку з відсутністю складу злочину. Відповідне діяння може становити собою або дисциплінарний проступок, або ж інший злочин (не в сфері службової діяльності).

Діяння при вчиненні злочину, передбаченого статтями 364-1, 365-2 КК.

Попри те, що у ст. 364-1 та ст. 365-2 використані, на перший погляд, різні терміни для вказівки на діяння, насправді вони позначають одне й те ж за змістом та формою діяння, що полягає у зловживанні наданими повноваженнями. За своїми ознаками такі діяння повністю відповідають ознакам зловживання владою або службовим становищем щодо ст. 364.

Специфіка полягає хіба що у тому, що:

- зловживання стосується повноважень, якими відповідний суб'єкт наділений у зв'язку з зайняттям посади в юридичній особі приватного права або ж у зв'язку з наданням публічних послуг;
- протиправність діяння визначається з урахуванням, головним чином, локальних нормативно-правових актів юридичної особи приватного права чи актів, що визначають коло повноважень осіб, які надають публічні послуги;
- компетенція відповідних осіб (відповідно і можливості зловживань) стосується лише підлеглих чи підконтрольних осіб або осіб, щодо яких здійснюються публічні послуги. Адже суб'єкти аналізованих злочинів не наділені владними повноваженнями – повноваженнями, які стосуються будь-якої особи;
- зловживання може полягати у вчиненні дій як в межах компетенції відповідного суб'єкта, так і з виходом за межі компетенції, тобто вчиненні дій, які: а) відносяться до кола повноважень вищестоящої службової особи юридичної особи приватного права чи особи, яка надає публічні послуги; б) може бути вчинена лише колегіальним органом; в) може вчинятися лише за особливих обставин за їх відсутності; г) неправомірних взагалі, тобто таких, яких не може вчиняти ніхто і ніколи. Це пояснюється тим, що стосовно дій, вчинюваних суб'єктами аналізованих посягань, КК не виокремлює зловживання та перевищення, а у власному розумінні слова, зловживання охоплює собою і перевищення повноважень.

Способи вчинення злочинів, передбачених ст. 364-1 та 365-2 КК.

У диспозиціях статей 364-1 та 365-2 способи вчинення злочинів не вказані. Відтак, вони не є обов'язковими ознаками складів злочинів, передбачених цими статтями. Проте, аналізовані посягання вчиняється певними способами, а їх виділення дозволяє конкретизувати зміст відповідних зловживань. Перелік таких способів не може бути вичерпним, хоча існують певні типові способи, які зустрічаються найчастіше, виражають сутність відповідних злочинів, їх відмінність від суміжних посягань.

Типові способи вчинення злочину, передбаченого ст. 364-1 КК, загалом, збігаються з типовими

способами корупційного зловживання владою або службовим становищем. Відмінності полягають у тому, що відповідні діяння вчинюються у зв'язку з виконанням відповідних повноважень на юридичних особах приватного права. Відтак, серед таких способів є:

- прийняття локальних нормативних актів юридичних осіб приватного права (статутів, положень тощо), які передбачають сприяння або ж надання переваг окремим юридичним чи фізичним особам у їх діяльності;

- видання індивідуальних правозастосовних актів (накази, розпорядження, вказівки щодо надання переваг окремим фізичним або юридичним особам або усунення перешкод у їх діяльності, включаючи вказівки про припинення щодо них перевірок, звільнення від відповідальності за виявлені порушення тощо);

- вплив на прийняття рішень колегіальних органів управління юридичних осіб приватного права, сприятливих щодо окремих осіб;

- формування колегіальних органів юридичних осіб приватного права, призначення на посади за мотивами особистої відданості, керованості кандидатів;

- делегування до органів, у яких представляються інтереси юридичних осіб приватного права, осіб, які представлятимуть інтереси, вчинятимуть дії на користь відповідної службової особи;

- вчинення дій у власних інтересах чи інтересах третіх осіб при перебуванні у складі вищестоящих органів управління, при представленні інтересів юридичної особи приватного права на шкоду такій юридичній особі;

- переслідування за критику (безпідставне накладання стягнень, зменшення розміру заробітної плати, скасування надбавок чи премій);

- потурання правопорушенням підлеглих чи підконтрольних осіб – невжиття передбачених законом заходів щодо проведення перевірок чи інших контрольних та наглядових заходів, відсутність належного реагування на виявлені правопорушення та щодо осіб, які їх вчинили, невжиття заходів щодо усунення причин та умов правопорушень, не повідомлення в установленому порядку про виявлені порушення органам управляння юридичною особою приватного права чи державним органам;

- прийняття на посаду чи просування по службі без належних на те підстав, надання переваги при наявності інших претендентів з вищою кваліфікацією, досвідом, іншими характеристиками;

- призначення на посади поза обов'язковим для цього конкурсом;

- використання коштів, майна, інших ресурсів юридичної особи приватного права не за призначенням;

- безпідставне преміювання підлеглих, завищення розміру частки прибутку юридичної особи приватного права, яка розподіляється між засновниками;

- придбання майна від юридичної особи приватного права, отримання послуг в порушення встановленого порядку (зокрема, поза чергою, з недотриманням процедури оплати);

- тимчасове запозичення чи використання майна юридичної особи приватного права без належної оплати;

- надання майна юридичної особи приватного права в оренду, лізинг для іншої юридичної чи фізичної особи безоплатно чи за занижену плату;

- встановлення без належних підстав більш високого розміру заробітної плати, надбавок до заробітної плати, премій окремим працівникам.

Наведений перелік способів зловживань службових осіб юридичних осіб приватного права далеко не вичерпний. Важливо, що використання будь-якого з названих вище та інших способів пов'язано з використанням повноважень, якими особа наділена у зв'язку з зайняттям посади чи виконанням повноважень на юридичній особі приватного права та має своїм результатом заподіяння шкоди інтересам цієї юридичної особи, або ж суспільним чи державним інтересам, правам та інтересам окремих громадян.

Типові способи зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК), відрізняються від вказаних вище способів вчинення злочину, передбаченого ст. 364-1, що обумовлено функціями вказаних осіб та обумовленими ними можливостями зловживань. Способами, які зустрічаються найбільш часто, є:

- продаж на аукціоні майна за ціною нижчою, ніж його оціночна, ринкова чи інша фактична вартість;

- закупівля товарів та послуг за завищеною ціною;

- сприяння учасникам тендерних процедур, завдяки чому перемогу при тендерних закупівлях товарів та послуг отримує учасник, якому надається протекція;

- відмова у наданні інформації, яку особа, що надає публічні послуги, зобов'язана надати на запит або розголошення нею конфіденційної інформації;

- вчинення реєстраційних дій, внесення змін до державних реєстрів тощо, які тягнуть юридичні наслідки для інших осіб без наявності для цього законних підстав;

- заниження або завищення вартості об'єкта оцінки;

- вчинення дій всупереч інтересам довірителя;

- тимчасове використання майна без оплати чи за заниженою оплатою;

- порушення черговості задоволення клопотань чи вчинення дій на користь юридичних або фізичних осіб, щодо яких надаються публічні послуги.

Аналіз матеріалів практики показує, що застосування тих чи інших способів зловживання повноваженнями службовими особами юридичних осіб приватного права або ж які надають публічні послуги, пов'язане з підкупом таких осіб. **Такий підкуп** – прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди вказаними особами – не охоплюється статтями 364-1, 365-2 та **потребує кваліфікації за сукупністю.**

Наслідки як ознаки складів злочинів, передбачених статтями 364-1, 365-2 КК.

Такі наслідки є обов'язковою ознакою складів цих злочинів. У ч. 1 ст. 364-1, ч. 1 ст. 365-2 вказується на наслідки у виді завдання істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб. Оскільки кваліфікований склад злочину за своєю конструкцією становить простий склад плюс кваліфікуючі ознаки, то завдання такої ж істотної школи є обов'язковою ознакою і щодо ч. 2 ст. 365-2. У ч. 2 ст. 365-1 та ч. 3 ст. 365-2 передбачена відповідальність у разі спричинення тяжких наслідків.

Зміст ознак «істотна шкода», «тяжкі наслідки» роз'яснено у пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364, де прямо зазначено, що вони стосуються і статей 364-1, 365-2. Наслідки щодо аналізованих злочинів повністю збігається з аналогічними наслідками щодо злочину, передбаченого ст. 364.

Суб'єкт злочинів, передбачених статтями 364-1, 365-2 КК.

Суб'єкт вказаних злочинів – спеціальний. Крім загальних ознак, які характеризують цей елемент складу злочинів (особа є фізичною, досягла 16-річного віку – згідно ст. 22 та осудною), такий суб'єкт має бути наділений ще й спеціальними ознаками, вказаними у диспозиціях відповідних статей КК.

Відповідно до ст. 364-1, суб'єктом передбаченої цією статтею злочину є службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Поняття такої особи КК не містить (на відміну від поняття «публічної службової особи», яке наведене у п. 1 примітки до ст. 364). Проте, КК містить достатньо положень, які дозволяють визначити поняття такого спеціального суб'єкта. Це: а) ч. 3 ст. 18 КК, де міститься загальне визначення службової особи; б) п. 1 примітки до ст. 364, що містить поняття, у певному сенсі альтернативне до поняття службової особи приватного права. З урахуванням викладених у КК положень та з огляду на міркування, наведені щодо поняття службової особи вище, беручи до уваги положення цивільного законодавства, можна вказати, що спеціальним суб'єктом злочину, передбаченого ст. 364-1, є особа, яка наділена такими **ознаками:**

- займає посаду в юридичні особі приватного права або виконує відповідні повноваження за спеціальним дорученням органу управління такої юридичної особи;

- виконує у зв'язку з займаною посадою чи за спеціальним повноваженням організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції;

- юридична особа, на якій такий суб'єкт виконує вказані функції, не відноситься до публічних юридичних осіб відповідно до положень ч. 2 примітки1 до ст. 364.

У ст. 365-2 спеціальна ознака суб'єкта сформульована шляхом переліку видів діяльності (посад), вчинення зловживань у зв'язку з зайняттям якими є ознакою цього злочину. Однак, цей перелік не вичерпний, передбачено, що таким суб'єктом може також бути інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але надає професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Аналіз практики показує, що такими іншими особами, які надають публічні послуги, визнавалися:

- особа, що надавала публічні послуги по наданні технічного нагляду над будівництвом і капітальним ремонтом;

- ліквідатор боржника;

- тимчасовий адміністратор у банку керуючий санацією.

Наявність не вичерпного, а приблизного (відкритого) переліку можливих спеціальних суб'єктів цього злочину актуалізує необхідність вказівки на ознаки особи, яка надає публічні послуги, з урахуванням яких можна було б встановлювати наявність такого суб'єкта у всіх випадках. Видається, що публічні послуги надають особи, які характеризуються такими **ознаками:**

- послуги, які надаються такими особами, відносяться до сфери публічних, тобто таких, що надаються органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями, які перебувають в їх управлінні. Вказані послуги надаються від імені або за дорученням держави або органу місцевого самоврядування, тягнуть правові наслідки для інших осіб;

- особа надає відповідні послуги, перебуваючи у службових відносинах з відповідними органами, установами або ж здійснює функції в індивідуальному порядку на підставі делегованих повноважень;

- право на надання публічних послуг визначається компетентним органом влади або управління шляхом надання ліцензій, включенням до реєстрів, укладенням договорів, виданням наказів чи розпоряджень.

Виходячи з наведених ознак, категорично не можна погодитися з віднесенням до осіб, які надають публічні послуги, медиків, ветеринарів, вчителів та інших осіб, які здійснюють лише професійну діяльність. Адже вони не виступають у відносинах з громадянами особами, які представляють державу, місцеве самоврядування чи їх органи, їх дії не тягнуть правових наслідків. У матеріалах судової практики прикладів притягнення таких працівників до відповідальності за ст. 365-2 не виявлено.

Особа, яка бере на себе надання публічних послуг, не маючи на те належних підстав та повноважень, **не підлягає відповідальності** за ст. 365-2 (наприклад, оцінку майна здійснює особа, яка не отримала кваліфікаційне свідоцтво оцінювача відповідно до вимог Закону «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 р., або експертизу проводить особа, не включена до Державного реєстру атестованих судових експертів). Відповідні зловживання можуть становити собою шахрайство (ст. 190), у певних випадках – самовільне присвоєння звання службової особи (ст. 353).

Зловживання, допущені особами, які надають публічні послуги, та, водночас, мають статус службових осіб (службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, державний виконавець, у певних випадках також інші особи), можуть підпадати під ознаки як ст. 365-2, так і ст. 364. У такій ситуації має місце конкуренція статей, які передбачають спеціальну та загальну кримінально-правову норму. При кваліфікації у такому випадку слід керуватися правилом, згідно з яким пріоритет має стаття про спеціальну норму (ст. 365-2).

Аналіз практики показує, що основні труднощі викликає не віднесення особи до кола тих, які є службовими особами юридичної особи приватного права чи надають публічні послуги, а встановлення того, що конкретна особа має статус, у зв'язку з наявністю якого стає суб'єктом відповідних злочинів. У зв'язку з цим слід звертати увагу на документи та матеріали (переважно не нормативного характеру, а акти індивідуального правозастосування – накази про призначення на посаду, акти про включення до реєстрів, посадові інструкції, договори та накази про проведення певних дій тощо).

Вина при вчиненні злочинів, передбачених ст. 364-1 та ст. 365-2 КК.

Обидва ці злочини вчинюються умисно. У ст. 364-1 є пряма вказівка на таку форму вини, і на те, що зловживання повноваженнями особами, як надають публічні послуги, вчинюється умисно, вказує наявність мети як обов'язкової ознаки складу цього злочину.

Зміст умислу щодо цих злочинів включає: 1) усвідомлення особами характеру свого діяння – розуміння того, що їх поведінка становить собою зловживання; 2) передбачення наслідків – того, що діяння спричинить істотну шкоду чи тяжкі наслідки правоохоронюваним інтересам; 3) бажає наслідків у виді одержання неправомірної вигоди та бажає або свідомо допускає наслідки у виді заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків окремим громадянам, юридичним особам, суспільству чи державі. Тобто, зміст умислу однорідний зі змістом умислу при вчиненні злочину, передбаченого ст. 364.

Мета при вчиненні злочинів, передбачених ст. 364-1 та ст. 365-2 КК.

Поняття неправомірної вигоди щодо цих злочинів ідентичне поняттю такої ж ознаки щодо ст. 364. Його тлумачення, наведене у примітці до ст. 364-1, поширюється на посягання, передбачені як цією статтею, так і ст. 364 та ст. 365-2.

Щоправда, у цій примітці нічого не сказано про розмір неправомірної вигоди. Так само нічого не сказано про розмір такої вигоди і в диспозиціях статей КК, які передбачають службові зловживання. Це дає підставу для висновку, що, загалом розмір, як і характер (є вона матеріальною чи нематеріальною) такої вигоди не мають значення для кримінальної відповідальності. Це тим більше очевидно, оскільки у статтях 364, 364-1 та 365-2 йдеться не про фактичне отримання вигоди, а лише про відповідну мету.

Водночас:

1) мета отримання вигоди у явно мізерному розмірі може бути підставою для визнання цих посягань малозначними (відповідно до ч. 2 ст. 11). При вирішення питання про наявність чи відсутність малозначності з урахуванням розміру вигоди слід враховувати положення, висловлені вище щодо малозначності в аспекті злочину, передбаченого ст. 368 – головне, це не вартість неправомірної вигоди, а ступінь її впливу на поведінку службової особи чи особи, яка надає публічні послуги;

2) відсутність мети отримання вигоди означає відсутність складів злочинів, передбачених статтями 364, 364-1, 365-2. За таких обставин діяння може становити собою дисциплінарний проступок, а не якийсь із злочинів, передбачених вказаними статтями КК.

7.14. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 364-1 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Аналіз слідчо-судової практики свідчить, що зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права, як і зловживання владою або службовим становищем, кримінальна відповідальність за які передбачена ст. 364, нерідко виступають як складові системи протиправних дій, які можуть вчинятися як службовою особою юридичної особи приватного права, так і іншими особами, спрямованих на одержання неправомірної вигоди як для самої себе, так і інших фізичних або юридичних осіб.

Найбільш часто такий взаємозв'язок має місце зі злочинами, передбаченими у статтях 191, 209, 222, 366. При цьому, службове підроблення у 91% з узагальнених кримінальних проваджень вчинялося разом із протиправними діями, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 364-1. Така закономірність має обов'язково враховуватися як співробітниками оперативних підрозділів, так слідчими і прокурорами.

Виявлення та доказування фактів зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права може йти від встановлення невідповідності дійсності організаційно-розпорядчих, бухгалтерських та інших службових документів (ділового листування, угод, їх проектів, тощо), які ця службова особа склала чи які були складені іншими особами за її вказівкою.

Досліджуватися мають обставини не тільки складання, а й використання таких підроблених документів службовою особою. Встановлення таких фактів, з'ясування змісту та спрямованості дій цієї службової особи, обставин за яких відбувалося складання та використання організаційно-розпорядчих, бухгалтерських та інших службових документів, забезпечує одержання доказів, які можуть бути використані для викриття фактів зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права.

Другий напрям, яким має рухатися слідчий під час досудового розслідування злочинів, передбачених ст. 364-1, – це дослідження на предмет законності дії, рішення службової особи. Про вчинене зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права у більшості випадків правоохоронному органу стає відомо вже після таких дій і, відповідно, події взаємопов'язаних із ним злочинів до цього також вже відбулися. Документи юридичної особи приватного права, де працює службова особа, щодо якої є дані про вчинене нею зловживання її повноваженнями, інших юридичних осіб, у т.ч. органів державної влади, виступають як одне з основних джерел відомостей про дії службової особи.

Тому метою слідчого має бути визначення та вилучення на самому початку розслідування всіх **документів,** які можуть мати значення речових доказів у кримінальному провадженні. Доказування у кримінальному провадженні того, що службова особа усвідомлювала, що вона використала свої повноваження всупереч інтересам юридичної особи приватного права, знала і не могла не знати про те, що внаслідок таких її рішень, дій вона або інша фізична чи юридична особа одержала неправомірну вигоду і це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, чи більш тяжкі наслідки, може відбуватися шляхом послідовних дій слідчого, спрямованих на **дослідження:**

- нормативно-правових актів, які регламентують діяльність юридичної особи приватного права, правовідносини, виникнення, реалізація, припинення яких було пов'язане із рішеннями, діями службової особи, документів юридичної особи приватного права, які визначають інтереси юридичної особи приватного права, повноваження цієї службової особи;
- документів, які відображають вчинення правочинів службовою особою в інтересах юридичної особи приватного права та їх результати;
- звичайної практики виникнення, реалізації, припинення аналогічних правовідносин та дій службової особи, щодо яких є підстави вважати про наявність у них ознак злочину, передбаченого статтею 364-1;
- наявності та характеру взаємозв'язку між службовою особою та фізичною чи юридичною особою, які внаслідок таких дій службової особи одержали неправомірну вигоду, та у чому це одержало вираз (наприклад, фізична особа є родичем, близьким, знайомим, тощо, а щодо юридичної особи, то службова особа чи її родичі, близькі, знайомі можуть бути її засновниками чи засновниками юридичної особи, яка є кінцевим бенефіціаром юридичної особи, яка одержала неправомірну вигоду, або така юридична особа є бізнес партнером юридичної особи, пов'язаної зі службовою особою, і одержана неправомірна вигода забезпечила їх подальшу спільну фінансово-господарську діяльність, тощо).

Чинниками, які можуть ускладнюють доказування обставин цих злочинів, є дискреційність повноважень службової особи, що прийняла рішення чи здійснила дії, які визначаються стороною обвинувачення як такі, що є зловживанням повноваженнями, а також закономірна присутність ризиків недосягнення мети фінансово-господарських операцій у діяльності любого суб'єкта господарювання, на не прогнозованість яких службова особа може намагатися списати фінансові втрати юридичної особи. На практиці проблема полягає у критеріях, за якими треба здійснювати під час досудового розслідування та судового розгляду визначення наявності ознак зловживання повноваженнями. Важливими компонентами алгоритму дій для цього є **з'ясування:**

- мети статутної діяльності юридичної особи приватного права;
- завдань, які визначалися та вирішувалися службовою особою під час прийняття нею рішень, здійснення дій та їх відповідність законним інтересам юридичної особи приватного права, де працює ця особа;
- наявності повноважень у службової особи на прийняття рішень, здійснення дій, в результаті яких була спричинена шкода, характер якої виступає однією з підстав для притягнення її до кримінальної відповідальності за ст. 364-1;
- відповідності вимогам законодавства рішень та дій службової особи та звичайній практиці виникнення, реалізації та припинення правовідносин, з якими ці рішення та дії пов'язані;
- наслідків, які могли настати та фактично настали при їх реалізації та чи мають вони характер істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, чи більш тяжкі наслідки.

Основними **джерелами даних** про обставини вчинення злочинів, передбачених ст. 364-1, є:

- статутні документи юридичної особи приватного права, у якій працює службова особа, щодо якої є підстави вважати про вчинення нею злочину, передбаченого ст. 364-1;
- документи юридичної особи приватного права, у якій працює службова особа, які містять дані про її службове становище, коло повноважень, на той момент чи період часу, коли був вчинений злочин, дії чи рішення, які були цією особою здійснені для одержання неправомірної вигоди, дії та рішення, які передували ним та слідували за ними, реалізовані іншими особами, у т.ч. службовими особами, конкретні наслідки дій чи рішень, які визначаються як зловживання владою чи службовим становищем;

- документи, які є проектами рішень службової особи, у т.ч. у електронній формі;

- документи, які знаходяться у органах державної, місцевої влади, реєстрах та містять відомості про обставини події злочину;

- документи, які знаходяться у фізичних чи юридичних осіб, які як одержали неправомірну вигоду від зловживання службовою особою юридичної особи приватного права, так і постраждали від таких дій чи рішень;

- документи юридичних та інших осіб (банківської установи, де знаходилися рахунки юридичних осіб, фізичних осіб, з яких здійснювалося списання, зарахування грошових коштів, державні реєстри, нотаріуси, податкові, митні органи, тощо), у яких відображені процес та результати виконання прийнятих службовою особою рішень.

Труднощі для здійснення інтенсивного досудового розслідування зловживання повноваженнями нерідко виникають через відсутність оригіналів документів у слідчого на момент внесення відомостей до ЄРДР.

Одержання їх шляхом витребування, здійснення тимчасових доступів до речей і документів, обшуків, особливо при застосуванні засобів міжнародного співробітництва під час досудового розслідування, потребує тривалого часу. І навіть у тих випадках, коли відомості щодо факту зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права одержані з повідомлення від органу державної влади, місцевого самоврядування, юридичної або фізичної особи, які постраждали від зловживання повноваженнями такої службової особи, це все одно потребуватиме одержання документів юридичної особи приватного права, що містять відомості про ті ж самі обставини, про які йде мова у наданих потерпілим документах. Обов'язковість одержання та співставлення таких документів необхідна для виключення фактів обмови службової особи юридичної особи приватного права у вчиненні злочину, передбаченого ст. 364-1.

Обов'язковою умовою успішного розслідування злочинів, передбачених ст. 364-1, є оволодіння слідчим та прокурором знаннями щодо особливостей здійснення статутної діяльності юридичною особою приватного права, де працює службова особа, а також юридичних осіб, які постраждали внаслідок її дій (виробництва та промисловості, торгівлі, охорони здоров'я, освіти, банківської, тощо), нормативно-правових актів, які були чинними на момент здійснення дій та рішень, щодо яких є підстави вважати, що в них наявні ознаки зловживання повноваженнями. Накопичення таких знань поряд із результатами вивчення документів речових доказів має постійно систематизуватися за допомогою допоміжних засобів планування розслідування (конспектів матеріалів кримінального провадження, схем готування, вчинення та приховування злочину, з відображенням послідовності дій, хто їх здійснював, у яких документах це одержало відображення, а також взаємозв'язку цих дій із готуванням, вчиненням та приховуванням інших злочинів, тощо).

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 364-1 КК, одержані з повідомлення (заяви) особи, яка постраждала від дій, рішень службової особи юридичної особи приватного права, органів державної влади, місцевого самоврядування.

Сприятливість для досудового розслідування цієї слідчої ситуації обумовлена тим, що юридична або фізична особа, яка постраждала від зловживання повноваженнями такої службової особи, поряд із повідомленням/заявою про вчинене кримінальне правопорушення може надати й документи, які підтверджують наведені у них відомості.

Після внесення відомостей до ЄРДР слідчий має **допитати** фізичну особу, яка є потерпілою. Якщо від дій службової особи юридичної особи приватного права постраждала юридична особа, то щодо обставин вчинення злочину, передбаченого ст. 364-1, допитується представник потерпілого.

Для ефективного проведення таких допитів слідчому необхідно обов'язково при повідомленні осіб про їх час та місце вказувати на те, щоб вони брали з собою документи, у яких містяться дані, які мають значення для кримінального провадження. На практиці нерідко слідчими надані потерпілим документи оглядаються та долучаються до матеріалів кримінального провадження. Такий спосіб одержання доказів може бути поставлений стороною захисту під сумнів у контексті його допустимості. Підставами для цього може виступати наявність у документах охоронюваної законом таємниці, а саме, конфіденційної інформації, у т.ч. тієї, що містить комерційну таємницю, банківську таємницю, персональні дані особи. Відповідно до вимог статей 159, 162 КПК для одержання таких даних необхідно здійснити не огляд наданих особою документів, а тимчасовий доступ до них.

Після одержання від потерпілого документів (угод, платіжних доручень, виписок з рахунків банківської установи, актів виконаних робіт, товарно-транспортних накладних, документів, які засвідчують право власності, користування певними матеріальними об'єктами, тощо) підлягають допиту як свідків співробітники юридичної особи, органів державної влади, місцевого самоврядування, яким відомі обставини зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права.

Паралельно з цим необхідно одержати документи юридичної особи приватного права, де працює службова особа, щодо якої є дані про зловживання нею своїми повноваженнями. Здійснити це можна шляхом **тимчасового доступу** до речей і документів або обшуку. Обрання тимчасового доступу до речей і документів, як засобу одержання документів, які мають значення для кримінального провадження, може бути доцільним у ситуаціях, коли службова особа, щодо дій та рішень якої здійснюється кримінальне провадження, не є керівником юридичної особи приватного права або коли керівник юридичної особи приватного права сам звернувся із повідомленням про вчинене зловживання повноваженнями службовою особою, яка працює у цій юридичній особі. За таких умов можна розраховувати на те, що не буде перешкод для одержання слідчим необхідних для досудового розслідування речей і документів.

У інших випадках доцільно одразу одержувати у слідчого судді ухвалу щодо проведення **обшуку,** щоб уникнути втрати документів речових доказів. Рекомендується слідчому, прокурору у цій та інших слідчих ситуаціях концентруватися на одержанні дозволів та здійсненні обшуків та тимчасових доступів до речей і документів у найкоротші строки з моменту внесення відомостей до ЄРДР.

Вкрай сприятливими для досудового розслідування є ситуації, коли зловживання повноваженнями службової особи виявлене в результаті проведення внутрішньої **ревізії або аудиторської перевірки** діяльності юридичної особи приватного права.

Слідчий має здійснити тимчасовий доступ до документів з метою вилучення відповідного висновку чи акту перевірки, а також документів, на які в них містяться в них посилання, та які є носіями відомостей про факт зловживання повноваженнями службовою особою. У такій ситуації важливе місце займає ретельне вивчення одержаного висновку ревізії, акту перевірки та документів, які до нього додаються, а також нормативно-правових актів, на які є посилання у висновку ревізії, акті перевірки, як на такі, нормативні приписи яких були порушені службовою особою.

Рекомендується слідчому під час цього для впорядкування одержаних даних про дії, рішення службової особи, які мають ознаки зловживання повноваженнями, використовувати конспектування матеріалів ревізії, перевірки, складати схеми, таблиці, у яких відображати послідовність дій, рішень, осіб, які їх здійснювали, та одержаних результатів, із наведенням реквізитів відповідних документів, встановленої під час ревізії, перевірки матеріальної шкоди та від яких саме дій та вчинених ким вона настала, які дії та ким під час проведення ревізії, перевірки були здійснені для відшкодування нарахованих сум матеріальних збитків, яка матеріальна шкода є невідшкодованою на момент завершення ревізії, перевірки.

Має бути здійснений і **допит** у якості свідків осіб, які проводили ревізію чи перевірку. Такі допити, як правило, проводяться у ситуаціях, коли у матеріалах ревізії, перевірки є заперечення зі сторони службової особи, у діяльності якої були виявлені порушення, наявна конкуренція між нормами нормативно-правових актів чи прогалини щодо регламентації її діяльності і шляхом дослідження документів однозначно встановити причини їх неврахування особами, які здійснювали ревізію, перевірку, неможливо. Однак, це не означає, що слідчий не може допитати осіб, які проводили ревізію, перевірку з питань застосування певних методик проведення досліджень, особливостей встановлення сум прямих та непрямих збитків, вимог нормативно-правових актів, тощо.

Під час досудового розслідування цієї категорії кримінальних проваджень для одержання відомостей про стан матеріальних об'єктів (приміщень, земельних ділянок, транспортних засобів, тощо, щодо яких службовою особою здійснювались протиправні діяння, та їх місце розташування) здійснюється їх **огляд.**

Для виявлення та фіксування ознак підробки документів також має бути проведений їх огляд. На вилучені речі, документи, які мають значення для кримінального провадження як речові докази, накладається арешт.

Результати огляду разом із показаннями осіб, під час допиту яких ці документи пред'являються ним для одержання пояснень щодо їх створення та зв'язку з обставинами вчинення злочину,

передбаченого статтею 364-1, можуть стати підставою для призначення криміналістичних (техніко-криміналістичної експертизи документів, криміналістичної експертизи матеріалів, речовин та виробів, почеркознавчої), інженерно-технічних (інженерно-транспортної, дорожньо-технічної, будівельно-технічної, оціночно-будівельної, земельно-технічної, оціночно-земельної, експертиза з питань землеустрою та ін.), товарознавчих (машин, обладнання, сировини та товарів народного споживання; автотоварознавчої; транспортно-товарознавчої; військового майна, техніки та озброєння), економічних (бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій), екологічної та інших видів судових **експертиз.**

Проведення більшості з наведених експертиз у кримінальному провадженні може потребувати значного часу, тому треба не зволікати і призначати їх одразу після встановлення підстав для їх проведення. Значення висновків судових експертиз як джерел доказів у таких кримінальних провадженнях важко переоцінити. Без них у переважній більшості випадків розслідування злочинів, передбачених ст. 364-1, підстав для повідомлення про підозру службовій особі може бути недостатньо. Тривалість проведення інженерно-технічних, економічних, товарознавчих експертиз має завжди враховуватися слідчим, прокурором перед прийняттям рішення щодо повідомлення особі про підозру, щоб не створити ситуацію, коли максимальний строк досудового розслідування вичерпується, а висновку експертизи не має.

Не менш важливими для доказування є й **допити** у якості свідків осіб, які працюють:

- разом зі службовою особою та яким відомо про дії та рішення цієї особи, щодо яких є підстави вважати, що у них наявні ознаки зловживання повноваженнями, або які виконували ці рішення;

- у органах державної влади, місцевого самоврядування, інших юридичних особах приватного права, яким відомі обставини події злочину;

- у органах державної влади, місцевого самоврядування, підприємствах, установах, організаціях та які не є зацікавленими у результатах кримінального провадження і можуть дати як фахівці показання щодо змісту нормативних приписів чинного законодавства та звичайної практики його застосування службовими та іншими особами;

- в юридичній особі, яка одержала неправомірну вигоду внаслідок зловживання повноваженнями, та яким відомо про події, які передували та безпосередньо пов'язані з одержанням цією юридичною особою вигоди, яка стороною обвинувачення визначається як неправомірна, а також про взаємозв'язок між службовою особою та цією юридичною особою.

Після повідомлення про підозру службовій особі здійснюється її допит, вирішується питання щодо обрання їй запобіжного заходу, відсторонення цієї особи від посади, пред'явлення цивільного позову, накладення арешту на матеріальні об'єкти, грошові кошти, які були одержані як неправомірна вигода від зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права.

2. Відомості про подію злочину, передбаченому ст. 364-1 КК, отримані із повідомлень у засобах масової інформації, сформованих з результатів журналістських розслідувань або матеріалів громадських організацій.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР увага приділяється одержанню шляхом здійснення тимчасового доступу до документів від журналістів, громадської організації матеріалів, на підставі яких вони обґрунтовують свої твердження щодо наявності у діях службової особи ознак зловживання повноваженнями. Такі матеріали можуть мати різний рівень забезпеченості документами, інформацією від осіб, яким відомо про обставини вчинення злочину, однак, незалежно від цього їхня цінність полягає у тому, що, по-перше, завдяки ним може бути виявлений факт зловживання повноваженнями та розпочато досудове розслідування, а по-друге, вони містять узагальнення діяльності службової особи, підтверджене тими чи іншими документами, їх копіями, яке полегшує пошуково-пізнавальну діяльність слідчого на початковому етапі розслідування. Слід пам'ятати, що допити журналістів мають відбуватися із врахуванням положень пункту 6 ч. 2 ст. 65 КПК.

Те, що про подію зловживання повноваженнями службової особи юридичної особи приватного права стає відомо не від керівництва цієї юридичної особи або від потерпілих від діянь такої службової особи може свідчити про їх небажання співробітничати з органами досудового розслідування. Ця обставина як ознака можливої протидії розслідуванню у формі ненадання речей і документів на виконання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до них, давання неправдивих показань, тощо має враховуватися слідчим при проведенні процесуальних дій за їх участі.

В цілому алгоритм розслідування у цій ситуації відповідає наведеному для першої слідчої ситуації.

3. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 364-1 КК, отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

У такій ситуації слідчий, прокурор мають у своєму розпорядженні зібрані оперативним підрозділом матеріали (копії або оригінали рішень органів державної влади, місцевого самоврядування, документів щодо фінансово-господарських операцій, узагальнення нормативно-правових актів у сфері діяльності службової особи, суб'єктів господарювання, витяги із різних державних реєстрів, повідомлення, одержані в результаті конфіденційного співробітництва, матеріали проведення окремих оперативно-розшукових заходів, тощо), які містять обсяг інформації достатній не тільки для внесення відомостей до ЄРДР, але й який забезпечує активне збирання доказів про злочин, передбачений у ст. 364-1.

Це, у свою чергу, може мінімізувати ризики приховування чи знищення документів та інших матеріальних об'єктів, які можуть мати значення речових доказів у кримінальному провадженні.

Однак, як і у першій слідчій ситуації, спочатку необхідно концентруватися на вилученні речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, шляхом проведення тимчасових доступів до речей і документів, обшуків. В цілому алгоритм розслідування у цій ситуації аналогічний наведеному для першої слідчої ситуації.

7.15. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 365-2 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Значимість зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, як складових корупційних схем не можна недооцінювати. Такі особи не є державними службовцями або посадовими особами органів місцевого самоврядування, але реалізація їх повноважень забезпечує набуття, зміну чи припинення прав, обов'язків сторін правовідносин (юридичних, фізичних осіб). Їх дії або бездіяльність можуть виступати важливою складовою створення умов для вчинення дій, спрямованих на одержання неправомірної вигоди службовими та іншими особами.

Наприклад, зловживання повноваженнями нотаріусом, яке одержує свій прояв у порушенні порядку вчинення нотаріальних дій при видачі довіреності без участі довірителя на право відчуження майна, набуття майнових прав, при посвідченні договору купівлі-продажу майна без участі володільця, може забезпечувати його протиправне відчуження з подальшим заволодінням службовою особою чи третіми особами, або заниження чи завищення оцінювачем реальної вартості майна, майнових прав, що належать фізичним та юридичним особам, у випадках укладення угод купівлі-продажу цього майна чи майнових прав – недоотримання місцевим або державним бюджетом, юридичною особою коштів від такої купівлі-продажу або навпаки збільшення їх витрат, або угод застави, які фактично не забезпечуватимуть гарантування майнових зобов'язань позичальником, або заниження вартості такого майна для зменшення розміру платежів податку з доходів фізичних осіб, державного мита, інших обов'язкових зборів і платежів, тощо.

Діями або бездіяльністю цих осіб можуть приховуватися і корупційні злочини. Наприклад, не включення аудитором у акт аудиторської перевірки виявлених ним ознак привласнення, розтрати майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, заниження сум матеріальних збитків внаслідок дій службової особи, заниження сум сплачених податків, зборів, обов'язкових платежів, тощо.

Наведені приклади обумовлюють необхідність обов'язкового дослідження співробітниками оперативних підрозділів, слідчими дій осіб, які надають публічні послуги, на предмет їх законності у випадках виявлення та розслідування корупційних злочинів, зокрема, передбачених статтями 191, 206-2, 209, 222, 364, 364-1.

В організації пошуково-пізнавальної діяльності, спрямованої на дослідження діянь осіб, які надають публічні послуги, ключовими є вивчення нормативно-правових актів, які регламентують їх діяльність, звичайної практики реалізації їх положень у аналогічних ситуаціях, а також одержання документів, у яких відображені дії особи, яка надала публічні послуги, зловживаючи своїми повноваженнями, та дослідження на справжність цих документів.

Встановлення факту зловживання повноваженнями особою, яка надала публічні послуги, сприяє доказуванню обставин корупційних злочинів, з якими пов'язані діяння цих осіб, особливо у ситуаціях, коли виникають труднощі з одержанням доказів у кримінальному провадженні щодо корупційного злочину, для забезпечення вчинення чи приховування якого були вчиненні діяння, які підпадають під ознаки злочину, передбаченого ст. 365-2.

Розслідування факту зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, може забезпечити одержання даних про надання службовою особою підроблених документів, що у свою чергу може виступити як основа доказування події корупційних злочинів, спрямованих на майно щодо якого ці підроблені документи були створені цією службовою особою.

Серед перелічених у ч. 1 ст. 365-2 осіб до корупційних схем можуть бути залучені, виходячи із призначення та правових наслідків публічних послуг, які вони надають, – нотаріуси, оцінювачі, арбітражні керуючі, приватні, державні виконавці, незалежні посередники, третейські судді, державні реєстратори, посадові особи суб'єкта державної реєстрації прав, аудитори.

Труднощі у доказуванні факту зловживання повноваженнями такими особами полягають у тому, що вони намагаються використовувати неточності, прогалини у нормативно-правовій регламентації як процедури надання публічних послуг, так і правовідносин щодо забезпечення реалізації яких вони надаються.

Для спростування тверджень цих осіб про «допустимість» їхніх дій слідчий, прокурор можуть звертатися за роз'ясненнями до органів державної влади, які здійснюють регулювання та контроль надання публічних послуг, виданих ними нормативно-правових актів або інформаційних листів (рекомендацій, роз'яснень), а також до судової практики з аналогічних питань. Не слід упускати те, що в результаті звернення слідчого до органів, які здійснюють контроль за діяльністю окремих категорій осіб, які надають публічні послуги, цими органами може бути здійснена **перевірка діяльності таких осіб,** наприклад:

- нотаріусів – спеціально створеною для позапланової перевірки комісією головного управління міністерства юстиції у АРК, м. Києві, м. Севастополі, області відповідно до Порядку проведення перевірки організації роботи державних нотаріальних контор, державних нотаріальних архівів, організації нотаріальної діяльності приватних нотаріусів, дотримання державними і приватними нотаріусами порядку вчинення нотаріальних дій та виконання правил нотаріального діловодства, затвердженого наказом МЮ №357/5 від 17.02.2014;

- оцінювачів – шляхом моніторингу/рецензування Фондом державного майна України їх актів оцінки, яка здійснюється відповідно до положень Національного стандарту №1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав», затвердженого постановою КМ №1440 від 10.09.2003, Положення про порядок рецензування звітів про оцінку майна та майнових прав рецензентами, що працюють у штаті Фонду державного майна України, його регіональних відділень та представництв, затверджене наказом Фонду державного майна України №1585/1 від 31.10.2011;

- арбітражних керуючих – комісією головного управління міністерства юстиції у АРК, м. Києві, м. Севастополі, області відповідно до Порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), затвердженого наказом Міністерства юстиції України №1284/5 від 26.07.2013;

- приватних та державних виконавців – створеною для позапланової перевірки комісією головного управління міністерства юстиції у АРК, м. Києві, м. Севастополі, області відповідно до Порядку здійснення контролю за діяльністю працівників органів державної виконавчої служби, приватних виконавців, затвердженого наказом МЮ №3004/5 від 21.10.2016;

- державних реєстраторів – органами державної влади, при яких створені відповідні реєстри. Наприклад, у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень і державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань шляхом здійснення камеральних перевірок, моніторингу реєстраційних дій МЮ відповідно до Порядку здійснення контролю у сфері державної реєстрації, затвердженого постановою КМ №990 від 21.12.2016;

- аудиторів – шляхом здійснення моніторингу практики аудиторської діяльності Аудиторською палатою України відповідно до Положення про моніторинг практики аудиторської діяльності, затвердженого рішенням Аудиторської палати України №315/7.1 від 24.09.2015;

- незалежних посередників – шляхом здійснення аудиту на замовлення юридичної особи, в інтересах якої він мав діяти.

Результати такої перевірки можуть бути і не на користь позиції сторони обвинувачення щодо оцінки законності дій особи, яка надала публічні послуги. Матеріали кожної такої перевірки мають бути ретельно вивчені і враховані при визначенні подальших напрямів розслідування. Для одержання пояснень щодо порядку проведення та висновків такої перевірки незалежно від її результатів рекомендується допитувати осіб, які її проводили.

Також сторона обвинувачення може звернутися з позовом до суду некримінальної юрисдикції з метою одержання судового рішення, яким визнаються незаконними дії особи, яка надала публічні послуги (щодо проблемних питань використання в доказуванні у кримінальних провадженнях такої тактики див. методичні рекомендації з розслідування злочинів, передбачених ст. 364).

Під час досудового розслідування таких кримінальних проваджень **підлягають з'ясуванню:**

- наявність в особи повноважень надавати публічні послуги, їх перелік та порядок надання відповідно до вимог чинного законодавства, а також якими саме документами підтверджуються такі повноваження цієї особи;

- які конкретно публічні послуги, кому, коли, на підставі чого були надані та чи мала особа повноваження надавати саме ці послуги у цей час;

- у чому полягало зловживання повноваженнями особою під час надання публічних послуг. Вимоги яких саме нормативно-правових актів були порушені такою особою;

- що виступило спонукою для зловживання повноваженнями особою, яка надала публічні послуги. Яку вигоду, у якій формі, розмірі та від кого неправомірно одержала/мала намір одержати така особа. Яку мету переслідувала особа на користь якої діяла особа, яка надала публічні послуги;

- які саме наслідки настали в результаті зловживання повноваженнями особою, яка надала публічні послуги, і чи носять вони характер істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, або характер тяжких наслідків;

- чи не було вчинене зловживання повноваженнями особою, яка надала публічні послуги, стосовно неповнолітньої чи недієздатної особи, особи похилого віку або повторно.

Важливою особливістю вчинення злочинів, передбачених ст. 365-2, є те, що особа, яка надала публічні послуги, може зловживати своїми повноваженнями через її підкуп особами, на користь яких вона діяла. Такий підкуп підпадає під ознаки злочину, передбаченого ст. 368-4. Відповідно, при одержанні слідчим даних про такий підкуп щодо цього злочину мають бути внесені відомості до ЄРДР і розпочато кримінальне провадження для забезпечення якості досудового розслідування якого його здійснювати має той самий слідчий, що розслідує зловживання повноваженнями особи, яка надала публічні послуги.

Основними документальними **джерелами даних** про обставини вчинення злочинів, передбачених ст. 365-2, є:

- документи, які підтверджують повноваження особи надавати публічні послуги, зокрема, й витяги з реєстрів осіб, які надають публічні послуги;

- документи, які містять дані про фізичну чи юридичну особу, яка звернулася за наданням публічних послуг;

- документи щодо надання особою публічних послуг, які знаходяться як у цієї особи/ установі, де вона працює, а також у фізичної чи юридичної особи, яким ці послуги були надані, у відповідному державному реєстрі, до якого були внесені відомості про результати надання таких послуг. У випадках, коли зловживання повноваженнями такої особи мало місце у формі її бездіяльності, то необхідно одержати документи, які свідчать про звернення фізичної або юридичної особи за наданням публічних послуг та відмову у їх наданні;

- документи, які свідчать про наявність особистого інтересу у наданні чи ненаданні публічних послуг певній фізичній чи юридичній особи (наприклад, про родинні зв'язки цієї особи з такою фізичною особою чи власниками/кінцевими бенефіціарами, керівником юридичної особи, або що ці особи є власниками фінансових інструментів, оперування якими здійснює фізична чи юридична особа, якій надаються публічні послуги, або такі особи є власниками фінансових інструментів, реалізація яких здійснюється юридичною особою, яка є конкурентом юридичної особи, якій надаються публічні послуги, тощо);

- документи, які містять відомості про джерело, факт, форму та розмір одержання неправомірної вигоди особою, яка надала публічні послуги, та де, у кого знаходяться грошові кошти чи інше майно, що виступити як предмет такої неправомірної вигоди;

- документи, які містять відомості про завдання діями або бездіяльністю особи, яка надає публічні послуги, істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб чи спричинення тяжких наслідків.

Під час досудового розслідування фактів зловживання повноваженнями нотаріусами слід не забувати, що згідно із ч. 4 ст. 8-1 Закону «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. вилучення (виїмка) реєстрів нотаріальних дій та документів, що передані нотаріусу на зберігання в порядку, передбаченому статтею 96 цього Закону, а також печатки нотаріуса не допускається. Такі реєстри нотаріальних дій, документи чи печатка нотаріуса можуть бути надані суду за мотивованим рішенням слідчого судді, суду тільки для огляду і повинні бути повернуті негайно після огляду. Якщо вимоги цієї норми будуть порушені, то відповідно до нормативних приписів ст. 87 КПК, результати тимчасового доступу до документів, обшуку приміщення, де надаються нотаріальні послуги, під час якого здійснене вилучення (виїмка) таких документів, будуть визнані недопустимими доказами у кримінальному провадженні.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Відомості про подію злочину, передбаченого ст. 365-2 КК, одержані з повідомлення (заяви) особи, яка постраждала від дій, рішень особи, яка надає публічні послуги.

Така слідча ситуація є сприятливою для досудового розслідування через те, що юридична або фізична особа, яка постраждала від зловживання повноваженнями такої особи, поряд із повідомленням/заявою про вчинене кримінальне правопорушення може надати й документи, які підтверджують наведені у ньому відомості.

Після внесення відомостей до ЄРДР слідчий має **допитати** фізичну особу, яка є потерпілою. Якщо від дій особи, яка надає публічні послуги, постраждала юридична особа, то щодо обставин вчинення злочину, передбаченого ст. 365-2, допитується представник потерпілого.

Рекомендується при повідомленні таких осіб про час та місце здійснення їх допиту вказувати їм на те, щоб вони брали з собою документи, у яких містяться дані, які мають значення для кримінального провадження. По-перше, це забезпечує з'ясування у максимальному обсязі, з посиланням на інформацію у конкретних документах відомостей про обставини вчиненого злочину, а по-друге, такі дані будуть виступати фактичною основою для клопотання перед слідчим суддею щодо тимчасового доступу до цих документів, а за наявності підстав вважати, що через зацікавленість осіб у не притягненні до кримінальної відповідальності особи, яка надає публічні послуги, – обшуку, з визначенням переліку документів, які мають бути вилучені, а з яких, у випадках проведення тимчасового доступу до документів, треба зняти копії.

Після одержання документів, які мають значення речових доказів у кримінальному провадженні, підлягають допиту як свідки співробітники юридичної особи (заступники керівника юридичної особи, керівник та співробітники юридичного відділу, головний бухгалтер та бухгалтери тощо), органів державної влади (керівники, заступники керівників, спеціалісти департаментів, управлінь, відділів МЮ, державні реєстратори, тощо), місцевого самоврядування (керівники, заступники керівників, спеціалісти департаментів, управлінь, відділів, тощо), особи, які працюють разом з особою, яка надає публічні послуги (керівники управління, відділу Державної виконавчої служби, співробітники аудиторської фірми, помічник нотаріуса, тощо), яким відомі підстави для звернення фізичної, юридичної особи до особи, яка надає публічні послуги, які дії чи бездіяльність мали місце з боку останньої, наслідки таких діянь та інші обставини зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, обставини та результати перевірки її діяльності контролюючими органами.

Проводити допити свідків рекомендується по мірі одержання документів, щодо змісту яких та пов'язаних з їх створенням обставин вони можуть дати показання. Не ефективним є відкладати такі допити до моменту одержання всіх необхідних для сторони обвинувачення. Це створює умови для несвоєчасного одержання слідчим фактичних даних про обставини події злочину та затягування строків досудового розслідування.

Вилучені документи для виявлення та фіксування ознак їх підробки мають бути **оглянуті.** Результати такого огляду разом із показаннями осіб, під час допиту яких ці документи пред'являються ним для одержання пояснень щодо їх створення та зв'язку з обставинами вчинення злочину, передбаченого статтею 365-2, можуть стати підставою для призначення техніко-криміналістичної експертизи документів, почеркознавчої, оціночно-будівельної, товарознавчої, економічної (бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних

операцій) та інших видів судових **експертиз,** які необхідні для з'ясування обставин зловживання повноваженнями особою, виходячи з особливостей надання публічних послуг певного виду.

Проведення більшості з наведених експертиз у кримінальному провадженні може потребувати значного часу, тому треба не зволікати і призначати їх одразу після встановлення підстав для їх проведення. Значення висновків судових експертиз як джерел доказів у таких кримінальних провадженнях важко переоцінити. Без них у переважній більшості випадків розслідування злочинів, передбачених ст. 365-2, підстав для повідомлення про підозру особі може бути недостатньо.

Після **повідомлення про підозру** особі, яка надає публічні послуги, здійснюється її допит, вирішується питання щодо обрання їй запобіжного заходу, повідомлення контролюючих її діяльність органів про цей факт, пред'явлення цивільного позову, накладення арешту на матеріальні об'єкти, грошові кошти, які були одержані як неправомірна вигода від зловживання повноваженнями підозрюваним.

За наявності для цього підстав здійснюються **одночасні допити** двох чи більше раніше допитаних осіб. Ця слідча (розшукова) дія може бути проведена не тільки між підозрюваним та потерпілим, свідками, яким безпосередньо відомо про обставини зловживання повноваженнями особи, яка надає публічні послуги, але й зі службовими особами/співробітниками органів, які безпосередньо здійснюють контроль за їх діяльністю, зокрема, проводили перевірку порядку надання публічної послуги, обставини якого розслідуються.

Після проведення всього необхідного комплексу процесуальних дій особі повідомляється уточнена підозра, здійснюється її допит та вирішується питання щодо запобіжного заходу.

На практиці можуть виникати ситуації, коли зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, поєднується з вимаганням нею неправомірної вигоди, кримінальна відповідальність за що передбачена ч. 4 ст. 368-4, і така неправомірна вигода потерпілим не була ще надана.

У таких випадках до ЄРДР вносяться відомості як про злочин, передбачений у відповідній частині ст. 365-2, так і про злочин, передбачений у ч. 4 ст. 368-4. Ці кримінальні провадження об'єднуються, створюється для їх розслідування слідча група для забезпечення проведення **тактичної операції «Документування факту одержання неправомірної вигоди»,** особливості організації якої розглядаються у методичних рекомендаціях з розслідування злочинів, передбачених статтями 368-3 та 368-4.

Така слідча ситуація сприяє не тільки фіксуванню за допомогою негласних слідчих (розшукових) дій протиправних дій особи, яка надає публічні послуги, щодо вимагання нею та одержання неправомірної вигоди, але й протиправних дій, які підпадають під ознаки зловживання нею своїми повноваженнями. Алгоритм дій слідчого, спрямованих на одержання доказів зловживання повноваженнями підозрюваним, по завершенню цієї тактичної операції в цілому відповідає наведеному вище.

2. Відомості про злочин, передбачений ст. 365-2 КК, отримані під час досудового розслідування інших злочинів, для забезпечення вчинення чи приховування яких він був вчинений.

Ця слідча ситуація є сприятливою для доказування, тому що про факт зловживанням повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, стає відомо від службової особи, яка вчинила злочин, зокрема, передбачений у статтях 191, 206-2, 209, 222, 364, 364-1, 366.

Показання цієї особи виступають основою доказування як факту зловживання при наданні публічної послуги, так і одержання за це неправомірної вигоди.

Алгоритм дій слідчого у такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР в цілому відповідає алгоритму, описаному для першого різновиду попередньої слідчої ситуації.

7.16. Підкуп службової особи юридичної особи приватного права (ст. 368-3 КК) і підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК) *(В. Навроцький)*

Злочини, передбачені статтями 368-3 та 368-4 КК, в системі посягань у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Вказані статті охоплюють як посягання особи, яка здійснює підкуп (частини 1, 2 ст. 368-3, ч. 1, 2 ст. 368-4), так і тих, хто погоджується на підкуп (частини 3, 4 ст. 368-3, частини 3, 4 ст. 368-4). Перші з них є своєрідним еквівалентом дій «хабародавця», передбачених ст. 369, а другі – дій «хабарника»,

передбачених ст. 368. Водночас, за ознакою суб'єкта, злочини, передбачені частинами 3, 4 ст. 368-3, повністю збігаються зі злочином, описаним у ст. 364-1, а передбачені частинами 3, 4 ст. 368-4 – значною мірою збігаються з тим посяганням, яке охоплюється ст. 365-2. Тобто, ці злочини становлять собою різновид «хабарництва», вчинюваного за участі приватних юридичних осіб та осіб, які надають публічні послуги. Причому, за певною аналогією з регламентацією відповідальності за зловживанням впливом (ст. 369-2) у одних статтях, але у різних їх частинах передбачена відповідальність як за власне підкуп, так і за прийняття підкупу.

Відповідно, норми, які передбачають підкуп службової особи юридичної особи приватного права та особи, яка надає публічні послуги, мають низку спільних ознак з нормами про «хабарництво» (предмет/засіб вчинення злочину, діяння, мета) та зловживання вказаних осіб (мета, суб'єкт). Тобто, відповідні склади злочинів є **суміжними,** у зв'язку з наявністю спільних ознак.

Таблиця 21. **Ознаки складів злочинів, передбачених статтями 368, 369 і 368-3, 368-4 КК.**

Назва ознаки складу злочину	Зміст ознаки, вказаний у диспозиціях статей 368, 369 і статей 368-3, 368-4 КК
Предмет/засіб	Неправомірна вигода.
Діяння	Прийняття пропозиції/пропозиція; прийняття обіцянки/обіцянка; надання/одержання; прохання надати.
Мета (особи, щодо якої здійснюється підкуп)	Одержання неправомірної вигоди для себе чи для третьої особи.
Мета (особи, яка здійснює підкуп)	Вчинення чи не вчинення дій в інтересах того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи.
Мета (особи, щодо якої здійснюється підкуп)	Одержання неправомірної вигоди для себе чи для третьої особи.
Мета (особи, яка здійснює підкуп)	Вчинення чи не вчинення дій в інтересах того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи.
Суб'єкт	Службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Особа, яка надає публічні послуги.

Водночас є ознака, за якою можна доволі чітко та однозначно розмежувати склади злочинів, передбачених, з одного боку, ст. 368, а з іншого: а) частинами 3, 4 ст. 368-3 та б) частинами 3, 4 ст. 368-4. **Розмежування проводиться за суб'єктом.** Стаття 368 як суб'єкта передбачає публічну службову особу, а у вказаних статтях ними є відповідно: а) службова особа юридичної особи приватного права та б) особа, яка надає публічні послуги.

Те, що вказані склади злочинів є суміжними, означає:

- статті, які їх передбачають, не перебувають у відносинах конкуренції та одночасно не охоплюють певні посягання, не претендують на застосування одночасно (не можна сказати, що одна із них передбачає загальну норму, а інша спеціальну, або ж одна охоплює посягання в цілому, а інша його частину);

- вони підлягають розмежуванню за вказаною розмежувальною ознакою.

Щоправда, ця суміжність та відсутність конкуренції є неповними. Оскільки в ст. 368-4 серед осіб, щодо яких здійснюється підкуп та суб'єктів, які прийняли підкуп, вказані і особи, які є публічними або приватними службовими особами (нотаріус, приватний виконавець, арбітражний керуючий), то при вчиненні посягань щодо них чи за їхньої участі, виникає проблема конкуренції статей 368, 369 та відповідних частин ст. 368-4. Детальніше це питання буде розкрите далі при характеристиці суб'єкта злочину та особи, щодо якої здійснюється підкуп.

Нарешті, остання теза, яка характеризує місце аналізованих злочинів у системі відповідних посягань, полягає у тому, що частини 1 та 2 статей 368-3, 368-4, частини 3 та 4 цих же статей (як

і статті 368, 369), передбачають так звану **обов'язкову (необхідну) співучасть.** Відмінність від такої ж юридичної конструкції, використаної законодавцем при регламентації відповідальності за «хабарництво», полягає лише в тому, що у цьому випадку таку співучасть утворюють посягання, передбачені не різними статтями, а різними частинами однієї і тієї ж статті Особливої частини КК. Обов'язкова співучасть означає наявність «дзеркальних» (взаємопов'язаних і, водночас, обернених) ознак складів злочинів.

Види складів злочинів, передбачених статтями 368-3 та 368-4 КК.

Кожна із цих статей передбачає по два простих (в частинах 1 та 3) та по два кваліфікованих (у частинах 2 та 4) склади злочину. Прості склади злочинів мають спільні ознаки, водночас кожен із них характеризується власним колом обов'язкових ознак.

Прості склади злочинів, передбачені кожною із вказаних статей КК, охоплюють складові обов'язкової співучасті, яка полягає у підкупі/прийнятті підкупу відповідно приватних службових осіб або особи, яка надає публічні послуги.

Обов'язкові ознаки складів злочинів, передбачених статтями 368-3 та 368-4 КК.

Низка ознак складів злочинів, передбачених статтями 368-3, 368-4 та статтями 368, 369, статтями 364-1, 365-2 збігається. Це має місце щодо більшості конститутивних ознак, вказаних у диспозиціях відповідних статей Особливої частини КК.

Для чіткості викладу матеріалу, конститутивні ознаки простих складів кожного виду вказані окремо.

Таблиця 22. **Конститутивні ознаки складів злочинів, передбачених частинами 1 і 3 ст. 368-3 КК.**

Назва ознаки складу злочину	Обов'язкові конститутивні ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368-3 КК	Обов'язкові конститутивні ознаки складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК
Предмет	-	Неправомірна вигода для себе чи третьої особи
Засіб	Неправомірна вигода службовій особі… або третій особі	
Діяння	Пропозиція Обіцянка Надання Прохання надати	Прийняття пропозиції Прийняття обіцянки Одержання
Суб'єкт		Службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми
Мета	Вчинення дії або бездіяльність з використанням наданих (службовій особі юридичної особи приватного права) повноважень в інтересах того, хто пропонує обіцяє або надає неправомірну вигоду або в інтересах третьої особи.	Одержання неправомірної вигоди для себе чи для іншої фізичної чи юридичної особи.

Таблиця 23. **Конститутивні ознаки складів злочинів, передбачених частинами 1 і 3 ст. 368-4 КК.**

Назва ознаки складу злочину	Обов'язкові конститутивні ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368-4 КК	Обов'язкові конститутивні ознаки складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-4 КК
Предмет	-	Неправомірна вигода для себе чи третьої особи
Засіб	Неправомірна вигода особі, яка надає публічні послуги або третій особі	

Діяння	Пропозиція Обіцянка Надання Прохання надати	Прийняття пропозиції Прийняття обіцянки Одержання
[Особа, щодо якої здійснюється підкуп]	Аудитор; нотаріус; оцінювач; експерт; арбітражний керуючий; приватний виконавець; незалежний посередник; член трудового арбітражу; третейський суддя; інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.	
Суб'єкт		Аудитор; нотаріус; приватний виконавець, експерт; оцінювач; третейський суддя; незалежний посередник; арбітр під час вирішення колективних трудових спорів; інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але надає професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.
Мета	Вчинення дії або бездіяльність з використанням наданих (особі, яка надає публічні послуги) повноважень в інтересах того, хто пропонує обіцяє або надає неправомірну вигоду або в інтересах третьої особи.	Одержання неправомірної вигоди для себе чи для іншої фізичної чи юридичної особи.

Крім вказаних конститутивних ознак, обов'язковими ознаками складів злочинів, передбачених статтями 368-3, 368-4, є також ознаки, обов'язковість яких випливає з положень Загальної частини КК (об'єкт, загальні ознаки суб'єкта злочинів, вина). І за формою (описанням у законі), і за змістом більшість обов'язкових ознак складів аналізованих злочинів збігається з відповідними ознаками складів злочинів, передбачених статтями 368, 369 та статтями 354-1, 365-2. Варто окремо звернути увагу на ті питання, які щодо злочинів, передбачених статтями 368-3, 368-4 регламентуються специфічно.

«Прохання надати неправомірну вигоду» як вид діяння, названий у диспозиціях ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4 КК.

У ч. 1 ст. 368 серед альтернативних дій вказана й така, як прохання надати неправому вигоду для себе чи для третьої особи за відповідну поведінку службової особи. Наявність вказівки на таке діяння, яке характеризує посягання «хабарника» цілком зрозуміла і виправдана. Вказане «прохання» є своєрідною м'якою формою вимагання, яке не виступає підставою для посилення відповідності, порівняно з вчинення таких дій, як прийняття обіцянки, прийняття пропозиції чи одержання неправомірної вигоди. Водночас законодавець цілком обґрунтовано не зазначає таку дію в ст. 369 серед актів поведінки «хабародавця».

Тому «прохання надати неправомірну вигоду» могло б виступати однією із альтернативних дій в ч. 3 ст. 368-3 або ч. 3 ст. 368-4 та характеризувати поведінку службової особи юридичної особи приватного права або ж особи, яка надає публічні послуги. Така дія полягає у стимулюванні (спонуканні, схиляння) до використання підкупу того, хто бажає досягти бажаної поведінку «підкуплюваної» особи.

Водночас, у КК таке діяння вказане у ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, які встановлюють відповідальність осіб, які здійснюють підкуп шляхом пропозиції неправомірної вигоди, її обіцянки або ж надають таку вигоду. Вказівка у цих частинах статей КК на «прохання надати неправомірну вигоду» позбавлене будь-якого сенсу:

- таке прохання – кримінально каране діяння – не може бути адресоване саме до себе (тобто, до особи, яка здійснює підкуп);

- прохання надати неправомірну вигоду не може бути спрямоване і до службової особи чи особи, яка надає публічну послуги. Адже тоді ситуація стає абсурдною – якщо припустити висловлення такого прохання, то це означає, що від відповідної особи очікується і вчинення діяння за неправомірну вигоду, і що вона сама має надати неправомірну вигоду, то того ж, тому, в чиїх інтересах буде виконуватися діяння.

Таке діяння, вчинюване особою, яка здійснює підкуп, важко уявити абстрактно, воно не може зустрічатися і не зустрічається в практиці. Тому далі це законодавче положення характеризуватися не буде. Якщо ж законодавець перемістить вказівку на діяння, яке полягає у проханні надати неправомірну вигоду, на належне місце – у ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4, то воно за своїм змістом та формою цілком відповідатиме аналогічній ознаці у ч. 1 ст. 368.

Особа, яка надає публічні послуги в аспекті ст. 368-4 КК.

Поняття особи, яка надає публічні послуги, використовується як у ст. 365-2, так і в ст. 368-4. Проте, обсяг цього поняття у цих статтях КК не збігається. Законодавець дає його визначення шляхом переліку видів діяльності, здійснення яких полягає у наданні публічних послуг, а ці переліки у ст. 365-2 та у ст. 368-4 відрізняються, щодо ст. 368-4 він більш стислий.

У ч. 1 (як і ч. 3) ст. 368-4 законодавець серед осіб, які надають публічні послуги, на відміну від ст. 365-2, не вказує таких, як: «уповноважена на те службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб»; «державний реєстратор»; «суб'єкт державної реєстрації прав»; «державний виконавець». Оскільки такі особи зазвичай є публічними службовими особами, то їх підкуп та прийняття ними підкупу належить кваліфікувати за статтями 369, 368.

Особа, яка має статус «суб'єкта державної реєстрації права» з урахуванням конкретних обставин може бути і службовою особою юридичної особи приватного права. Тому її підкіп або прийняття нею підкупу має кваліфікуватися за відповідними частинами ст. 368-3.

Статус публічних службових осіб або службових осіб приватного права можуть мати ті особи, які надають публічні послуги, та відносяться до кола тих, що охоплюються поняттям «інші особи, що надають публічні послуги». Проте, в силу прямої вказівки в диспозиції ч. 1 ст. 368-4 на те, що до осіб, які надають публічні послуги, відносяться лише ті, які не є державними службовцями, їх підкуп не охоплюється цією нормою. Водночас, в ч. 3 ст. 368-4 такого застереження немає – отже, у цьому випадку до осіб, які надають публічні послуги, можна віднести й службових осіб – державних службовців чи посадив осіб місцевого самоврядування. При вчиненні відповідного посягання такими особами виникає проблема конкуренції.

Кваліфікація підкупу осіб, які надають публічні послуги, діяння яких (чи щодо яких) виділені в окремі статті Особливої частини КК.

Особлива частина КК, крім статей 365-2, 368-4, містить ще статті, які передбачають відповідальність окремих видів осіб, які надають публічні послуги. Це, зокрема:

- ст. 369-3, яка охоплює підкуп, вимагання та одержання неправомірної вигоди під час впливу на результати офіційних спортивних змагань. Вказані дії можуть бути вчинені щодо, зокрема, судді на змаганнях чи інших осіб, які надають публічні послуги;

- ст. 384, яка встановлює відповідальність експерта, оцінювача у зв'язку з неправомірними діями, що полягають у введенні в оману суду або іншого уповноваженого органу. Зокрема, ч. 2 цієї статті передбачає такі дії, вчинені з корисливих мотивів, тобто і за неправомірну вигоду;

- ст. 386, яка охоплює підкуп експерта.

У разі вчинення дій такими особами посягання одночасно охоплюються і названими статтями КК, і статтями 365-2, 368-4, тобто виникає конкуренція між статтями, які передбачають спеціальні норми та загальні норми. За такого виду конкуренції застосовується правило про те, що скоєне кваліфікується за статтею, яка передбачає **спеціальну норму,** тобто у розглядуваній ситуації, за статтями 369-3, 384, 386.

Кваліфікуючі ознаки злочинів, передбачених статтями 368-3, 368-4 КК.

У частинах 2 ст. 368-3 та ст. 368-4 передбачена відповідальність за вчинення цих злочинів за наявності таких кваліфікуючих ознак: повторно; за попередньою змовою групою осіб; організованою групою.

Частини 4 ст. 368-3 та ст. 368-4 передбачають відповідність в разі вчинення відповідних посягань: повторно; за попередньою змовою групою осіб; з вимаганням неправомірної вигоди.

Ці кваліфікуючі ознаки поширені в Особливій частині КК і тлумачаться так же, як і щодо інших злочинів. Проте, варто звернути увагу на окремі моменти.

Перший із них стосується ***повторності.*** Поняття цієї ознаки, яке поширюється і на аналізовані злочини, наведене у п. 4 примітки до ст. 354. Там йдеться про повторність, яка охоплює попереднє вчинення широкого кола злочинів, передбачених статтями 354, 368, 369, а не лише відповідними частинами ст. 368-3 та ст. 368-4. Як і зазвичай, повторність має місце, коли однією особою чи в співучасті вчинено закінчені чи перервані на стадії готування чи замаху два чи більше злочини, передбачені відповідно, частинами 1 чи 2 статей 368-3, 364-4 або частинами 3 чи 4 цих же статей, а також статтями 354, 368, 369. Вона виступає як фактична, так і може мати форму рецидиву, проте мають зберігатися правові наслідки раніше вчиненого злочину (не сплив строк давності, не погашена судимість, особа в установленому порядку не звільнена від кримінальної відповідальності).

Повторність передбачає вчинення двох чи більше злочинів, а не виконання двох чи більше альтернативних дій, які є ознакою одного і того ж складу злочину. Отже, немає повторності тоді, коли під час вчинення одного і того ж посягання винний, наприклад, спочатку висловив пропозицію про надання неправомірної вигоди, потім, деталізувавши час, місце, спосіб, здійснив обіцянку такої вигоди, або ж надав таку вигоду. Або ж інша сторона оборудки спочатку прийняла обіцянку неправомірної вигоди, а згодом і одержала її.

Наступне зауваження – щодо вчинення цього злочину ***за попередньою змовою групою осіб.*** Така група передбачає двох чи більше учасників, які виступають на одній стороні, – це група тих, хто здійснює підкуп, або група тих, хто приймає підкуп. Ця ознака відсутня у випадку змови одиночних учасників, які діють на «своїй» стороні. Іншими словами, змова того, хто дає неправомірну вигоду, та того, хто її одержує (обіцяє/приймає обіцянку, висловлює/приймає пропозицію) не утворює вказану кваліфікуючу ознаку.

Ще одне міркування – з приводу співвідношення групи осіб за попередньою змовою та ***організованої групи*** на стороні тих, хто здійснює підкуп (ч. 2 ст. 368-3, ч. 2 ст. 368-4). Загалом, використання у одній і тій же частині статті ознаки, яка позначає різні форми співучасті, не має сенсу. Пояснити це можна хіба що тим, що учасники групи, яка здійснює підкуп за попередньою змовою, повинні виступати як виконавці чи співвиконавці злочину (тобто, виконати всю чи частину його об'єктивної сторони). Учасники ж організованої групи, яка здійснює підкуп, відповідно до ч. 2 ст. 30, підлягають кримінальній відповідальності за частиною статті КК, яка передбачає таку ознаку, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочину кожен із них.

Нарешті, щодо ***вимагання неправомірної вигоди***. Воно визначається також з врахуванням законодавчого визначення – п. 5 примітки до ст. 354. При цьому слід враховувати положення, викладені вище, де наголошується значення встановлення того, що вимагання неодмінно включає погрозу заподіяння шкоди законним інтересам потерпілого незалежно від форми вимагання (як пряма вимога, так і створення відповідних умов).

Вчинення злочинів, передбачених статтями 368-3, 368-4 КК, в інтересах юридичної особи та застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру.

Вказані злочини, якщо вони полягають у підкупі (передбачені частинами 1 та 2 статей 368-3, 368-4, віднесені до тих, при вчиненні якого уповноваженою особою відповідної юридичної особи до останньої застосовуються заходи кримінально-правового характеру (пункти 1 та 2 ч. 1 ст. 96-3).

Умови застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб у таких випадках, коло осіб, які можуть вчиняти дії від імені та в інтересах юридичної особи, однопорядкові з тими, що викладені вище щодо ст. 369.

7.17. Методика розслідування злочинів, передбачених статтями 368-3 і 368-4 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

У статтях 368-3 та 368-4 передбачена кримінальна відповідальність за однотипні за способами вчинення злочини, що зумовлює аналогічність дій з їх документування та доказування винності осіб у їх вчиненні і це дозволяє комплексно розглядати особливості розслідування цих злочинів.

Як свідчить аналіз слідчої практики, якщо співробітники оперативного підрозділу не здійснюють оперативно-розшукову діяльність на підставі одержаної від конфідентів інформації про систематичне одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка надає публічні послуги, то у переважній більшості випадків правоохоронному органу стає відомо про такі злочини від осіб, які повідомляють про пропозицію ним неправомірної вигоди або про вимагання у них надати таку вигоду. Рідше про такі факти стає відомо із заяви осіб, яким стало про це відомо з чужих слів.

Складність для збирання доказів у кримінальних провадженнях як за ст. 368-3, так і за ст. 368-4 визначається і тим, що якщо надання-одержання неправомірної вигоди вказаними у цих статтях особами відбулося до того, як про це стало відомо правоохоронному органу, то довести факт вчинення таких дій важко, особливо у ситуаціях, коли джерелом відомостей про це не є надавач або одержувач неправомірної вигоди.

Певні перспективи для доказування по таких кримінальних провадженнях відкриваються у випадках, коли особа, яка одержала неправомірну вигоду зловживала своїми повноваженнями, а також, коли надання неправомірної вигоди одержало своє відображення у бухгалтерських та інших документах. Дослідження цих фактів може надати стороні обвинувачення достатні докази для повідомлення винним особам про підозру.

Коли правоохоронному органу стає відомо про прийняття пропозиції або обіцянку неправомірної вигоди, то обов'язково треба користатися можливістю задокументувати факт надання-одержання неправомірної вигоди. Цей факт виступить підтвердженням попередньо вчинених дій із прийняття пропозиції (обіцянки, прохання надати, вимагання) неправомірної вигоди, особливо у випадках вчинення злочинів, передбачених у ч. 4 ст. 368-3 та ч. 4 ст. 368-4, із застосуванням аудіо-, відеозапису під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Якщо цього не зробити, то у кримінальному провадженні можна отримати ситуацію, коли сторона обвинувачення буде мати показання особи, яка повідомила про факт прийняття пропозиції (обіцянки, прохання надати, вимагання неправомірної вигоди) конкретною службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка надає публічні послуги, а з іншого – цієї особи, яка його заперечує, і прямих доказів, які спростовують її заперечення щодо вчинення нею вказаних протиправних дій, як правило, одержати не можливо. Наведене формує умови для застосування при оцінці зібраних доказів презумпції невинуватості та подальшого закриття кримінального провадження.

Обставинами, які **підлягають з'ясуванню** під час досудового розслідування вчинення дій, передбачених статтями 368-3 та 368-4, є:

- час, місце та у зв'язку з якими обставинами відбулося звернення особи до службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги;

- повноваження службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги та чи входить до їх числа вирішення питань, щодо яких до них звернулися;

- час, місце, у якій формі та ким була здійснена пропозиція, обіцянка, прохання надати та надання і відповідно прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди;

- чи не мало місце вимагання з боку службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, неправомірної вигоди;

- у якій формі та розмірі очікувалася, пропонувалася неправомірна вигода та фактично була надана. Чи в повному обсязі від домовленої була надана-одержана неправомірна вигода;

- джерело походження предмету неправомірної вигоди (дослідження цієї обставини може забезпечити виявлення незаконних джерел грошових коштів, майна, тощо, які виступили предметом неправомірної вигоди, а відтак вивести на інші епізоди злочинної діяльності осіб, які надали неправомірну вигоду);

- чи не вчинений злочин за попередньою змовою групою осіб або організованою групою (щодо даних форм співучасті мають бути встановлені обставини формування установки осіб на спільне вчинення цих злочинів, коли та де це відбулося, за чиєю ініціативою, кількість співучасників, який характер та ступінь участі кожного у вчиненні кожного злочину, хто та яку саме неправомірну вигоду одержав в результаті);

- чи не вчинений злочин, що розслідується, повторно.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину стало відомо із заяви службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, яка добровільно повідомила про одержану нею пропозицію або обіцянку надати їй неправомірну вигоду.

Ця слідча ситуація є сприятливою для перевірки повідомлених службовою особою даних про звернення до неї особи, яка запропонувала або пообіцяла їй надати неправомірну вигоду, шляхом документування протиправних дій останньої по наданню такої вигоди. У цьому випадку планується та здійснюється тактична операція «Документування надання неправомірної вигоди».

Для документування протиправних дій, кримінальна відповідальність за які передбачена у частинах 1-2 статей 368-3, 368-4, слідчому недоступні негласні слідчі (розшукові) дії, через те, що вони не є тяжкими злочинами. Виходячи з цього слідчий має можливість після внесення відомостей до ЄРДР оперувати такими слідчими (розшуковими) та іншими **процесуальними діями:**

- допит як свідка службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, про обставини її зустрічі з особою, яка запропонувала або пообіцяла надати неправомірну вигоду, у зв'язку із необхідністю вчинення чи не вчинення цією особою яких саме дій, у якій формі була запропонована неправомірна вигода, де, коли та з ким саме буде зустріч службової особи для передачі їй неправомірної вигоди, тощо;

- затримання особи після того як службова особа юридичної особи приватного права/особа, яка надає публічні послуги, вкаже на неї, що вона надала неправомірну вигоду, та її особистий обшук з вилученням документів, які були передані цій особі службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги;

- огляд місця надання неправомірної вигоди з вилученням предмету неправомірної вигоди та документів, які містять відомості про підстави та результати звернення особи, яка надала неправомірну вигоду. Під час такого огляду з предмету неправомірної вигоди обов'язково вилучаються сліди пальців рук та за можливості сліди ДНК. Якщо предмет неправомірної вигоди упакований, то упаковку також обов'язково обробляють відповідними техніко-криміналістичними засобами виявлення слідів пальців рук та вилучають знайдені сліди, а за можливості виявляють та вилучають сліди ДНК;

- допит службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, як свідка для фіксування обставин надання їй неправомірної вигоди затриманою особою;

- допит затриманої особи як підозрюваної та повідомлення їй про підозру;

- одночасний допит службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, та підозрюваного у випадках заперечення останнім факту надання неправомірної вигоди;

- обрання запобіжного заходу;

- накладення арешту на вилучений предмет неправомірної вигоди;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК підозрюваного, службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, родичів, близьких чи знайомих підозрюваного, щодо яких є підстави вважати про їх причетність до надання неправомірної вигоди;

- призначення дактилоскопічної та експертизи ДНК для підтвердження факту передачі предмету неправомірної вигоди підозрюваним, а також причетності до цього інших осіб;

- додатковий допит підозрюваного з урахуванням результатів проведених ідентифікаційних експертиз.

Повідомлення особі зміненої підозри з урахуванням одержаних доказів, вирішення питання щодо обрання їй запобіжного заходу.

Залежно від одержаних даних про причетність інших осіб до надання неправомірної вигоди здійснюються слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії, спрямовані на одержання достатніх доказів для повідомлення їм про підозру. Успішність збирання доказів вчинення цього злочину у співучасті залежить від того чи відомо службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги, що пропозиція, обіцянка та надання неправомірної вигоди виходить від декількох осіб, а також від того, чи дала особа, яка була затримана безпосередньо після надання неправомірної вигоди, показання щодо її співучасників. Сприяє доказуванню вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб або організованою групою вилучення документів, які підтверджують наявність спільного інтересу у затриманої особи з іншими особами, а також причетність останніх до виділення грошових коштів, матеріальних цінностей, надання послуг, тощо як предмету неправомірної вигоди.

Робота по цих напрямах може забезпечити одержання достатні докази для повідомлення про підозру всім співучасникам.

2. Відомості про подію злочину отримані в результаті здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Якщо злочин є не тяжким, то відповідно до ч. 3 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність», оперативні підрозділи обмежені у своїй діяльності з виявлення зазначених злочинів тільки заходами, передбаченими у пунктах 1, 4–6, 12–16, 18–20 ч. 1 ст. 8 цього Закону. Тому у випадках реалізації даних, одержаних щодо готування до вчинення таких злочинів, важливим є використання фактору раптовості, завдяки якому несподіваність дій співробітників оперативного підрозділу та слідчого для осіб, які його вчинили, може сприяти визнанню ними своєї вини. Слідчий разом зі співробітниками оперативного підрозділу, використовуючи дані, одержані в результаті конфіденційного співробітництва, тощо, здійснюють **затримання особи,** яка надала неправомірну вигоду, а у випадках попереднього не звернення до правоохоронних органів службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, то і вона затримується та здійснюється їх особистий обшук.

Проводиться **обшук** місця, де зберігається предмет неправомірної вигоди. Якщо місце передачі неправомірної вигоди не збігається з місцем її зберігання і не вбачається необхідність здійснення пошукових дій, характерних для обшуку, то проводиться слідчий огляд місця одержання неправомірної вигоди.

Після цього здійснюються **допити** службової особи юридичної особи приватного права та особи, яка надає публічні послуги, та особи, яка надала неправомірну вигоду. Під час такого допиту підозрюваного, який рекомендується здійснювати з використанням відеозапису, мають бути з'ясовані питання щодо статусу, який має особа, яка надала/одержала неправомірну вигоду, її повноваження, за яких обставин та від кого, за виконання чи невиконання нею яких саме дій, які входять до повноважень службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, ким, коли і де була надана-одержана неправомірна вигода та в чому вона полягала, які дії були вчинені чи навпаки не були вчинені службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, у яких документах це одержало своє відображення, де знаходяться ці документи тощо.

Вирішується питання щодо обрання запобіжного заходу підозрюваним.

Здійснюється **тимчасовий доступ** до документів, які підтверджують, що особа є службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка уповноважена надавати публічні послуги, на момент вчинення злочину, її повноваження, а також до документів, які підтверджують дані про особу, яка надала неправомірну вигоду.

Якщо одержання неправомірної вигоди пов'язане із забезпеченням безперешкодного здійснення фінансово-господарських операцій чи іншої діяльності, то здійснюється тимчасовий доступ або, за наявності для цього підстав, **обшук** з метою вилучення документів, які містять відомості про прийняття рішень/здійснення певних дій, реалізацію фінансово-господарських операцій, тощо, у зв'язку з якими службова особа юридичної особи приватного права/особа, яка надала публічні послуги, одержала неправомірну вигоду.

Здійснюються **допити** як свідків понятих, які були присутні під час вилучення предмета неправомірної вигоди у службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, обшуку житла чи іншого володіння цієї особи. Також здійснюються допити як свідків безпосереднього керівника службової особи юридичної особи приватного права щодо службових обов'язків підозрюваного/службової особи контролюючого органу щодо повноважень особи, яка надає публічні послуги, осіб, яким відомі обставини здійснення дій або бездіяльності службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, здійснення фінансово-господарських операцій або інших дій щодо яких була висловлена пропозиція, надана обіцянка, прохання надати неправомірну вигоду, прийнята пропозиція, обіцянка, одержана неправомірна вигода службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги.

Якщо в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів одержані дані про готування до вчинення злочину, який підпадає під ознаки, передбачені у ч. 4 ст. 368-3 або ч. 4 ст. 368-4, то організовується здійснення **тактичної операції «Документування одержання неправомірної вигоди».** Оптимальною для проведення такої операції є ситуація, коли є можливість використати негласних штатних чи позаштатних працівників при проведенні контролю за вчиненням злочину

у формі спеціального слідчого експерименту. При цьому, їх використання не має призвести до провокації злочину. До складу цієї операції у таких умовах можуть включатися:

- спеціальне утворення підприємства (установи, організації) та спеціальне виготовлення речей, документів, які необхідні для звернення до службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги;

- помітка предмету неправомірної вигоди для спеціального слідчого експерименту;

- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи, яка одержує неправомірну вигоду (посередника), коли є дані про їх використання для готування та вчинення злочину;

- аудіо-, відеоконтроль особи, який проводиться разом зі спеціальним слідчим експериментом, для фіксування спілкування між одержувачем неправомірної вигоди (посередником) та особою, яка надає неправомірну вигоду, щодо узгодження умов надання-одержання неправомірної вигоди та факту одержання особою неправомірної вигоди. А якщо особою використовується посередник, то аудіо-, відеоконтролем особи можна задокументувати факт передачі посередником службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги, неправомірної вигоди, коли є можливість його провести;

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування між одержувачем неправомірної вигоди та посередником, посередником та особою, яка надає неправомірну вигоду;

- спеціальний слідчий експеримент, під час якого здійснюється контроль за наданням–одержанням предмету неправомірної вигоди посередником, службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги;

- спостереження за посередником та службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, для фіксування контактів між ними до, після одержання неправомірної вигоди при передачі її службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги;

- затримання посередника, службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, в порядку ст. 208 КПК та їх обшук. Від правильності визначення моменту затримання посередника та службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, прямо залежить перспективність доказування провини останньої у одержанні неправомірної вигоди. Слідчий має приймати рішення щодо затримання тільки тоді, коли під час негласних слідчих (розшукових) дій зафіксовані достатні дані про отримання посередником предмету неправомірної вигоди саме для службової особи. У випадках, коли неправомірна вигода передається через посередника частинами, оптимальним є дочекатися моменту передавання службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги, хоча б однієї частини предмету неправомірної вигоди;

- освідування посередника, службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, з метою одержання змивів з їх рук спеціальної хімічної речовини, якої був помічений предмет неправомірної вигоди;

- обшук місця надання-одержання неправомірної вигоди та осіб, які в ньому знаходяться. Під час такого обшуку вилучається предмет неправомірної вигоди, мобільні термінали зв'язку, документи, у яких зафіксовані дії службової особи та особи, яка надавала неправомірну вигоду. Мають вилучатися сліди пальців рук, а за можливості сліди ДНК з предмету неправомірної вигоди для подальшої ідентифікації по них осіб, які вчинили злочин;

- обшук житла чи іншого володіння посередника, службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, а за наявності для цього підстав житла чи іншого володіння близьких, родичів цих осіб, з метою вилучення грошових коштів та інших матеріальних цінностей, які могли бути передані ним службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, чи посередником, після одержання неправомірної вигоди;

- слідчий огляд місця надання-одержання неправомірної вигоди, якщо воно не збігається з місцем зберігання неправомірної вигоди;

- повідомлення особі (особам) про підозру;

- допит особи (осіб) як підозрюваної (-их);

- обрання запобіжного (-их) заходу (-ів) підозрюваному (-им);

- звернення із клопотаннями у визначеному законодавством порядку щодо відсторонення від посади службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги;

- накладення арешту на вилучений під час обшуку предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти, зокрема, для забезпечення вирішення в подальшому питання щодо їх конфіскації чи спеціальної конфіскації;

- дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів під час проведених негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 266 КПК);

- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності та процесуальних рішень, протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- допит як свідків осіб, які брали участь у при проведенні відповідних негласних слідчих (розшукових) та слідчих (розшукових) дій, пов'язаних зі спеціальним слідчим експериментом, зокрема, в порядку, передбаченому ст. 225 КПК;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК, голосу службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, посередника, особи, яка надала неправомірну вигоду, для проведення відповідно дактилоскопічної, ДНК та фоноскопічної експертизи;

- призначення хімічної експертизи для ідентифікації спеціальної хімічної речовини у змивах з рук та на предметі неправомірної вигоди, дактилоскопічної експертизи, для ідентифікації слідів пальців рук особи, яка надала неправомірну вигоду, виявлених на предметі неправомірної вигоди, та слідів пальців рук службової особи, посередника, ДНК експертизи для ідентифікації цих осіб за слідами ДНК, виявленими на предметі неправомірної вигоди, техніко-криміналістичної експертизи документів на предмет справжності грошей, що виступали предметом неправомірної вигоди, фоноскопічної експертизи, для ідентифікації осіб за голосом, який зафіксований на аудіо-, відеозаписах, одержаних в результаті зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж чи під час аудіо-, відеоконтролю особи, лінгвістичної експертизи матеріалів аудіо-, відеозапису, для встановлення змісту діалогів при використанні службовою особою (посередником) непрямих висловлювань чи паралінгвістичних знаків (жестів) щодо одержання неправомірної вигоди.

У випадках вимагання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, комплекс процесуальних дій у тактичній операції з документування протиправних дій останніх в цілому є аналогічним з наведеним вище. Тільки участь у спеціальному слідчому експерименті бере особа, у якої вимагається неправомірна вигода.

Тактична операція «Документування надання-одержання неправомірної вигоди» в ситуаціях, коли одночасно фіксується протиправна діяльність як службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, посередника так і особи, яка надає неправомірну вигоду, посередника з її боку має дещо іншу структуру. У порівнянні з попередньою ситуацією спеціальний слідчий експеримент не може бути проведений, що створює суттєві труднощі для доказування вчинення як одержання так і надання неправомірної вигоди. Тактична операція вибудовується навколо зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, спостереження за особами та аудіо-, відеоконтролю осіб. В цілому до її структури можуть входити:

- зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксування спілкування між службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, та посередником, посередником та особою, яка надає неправомірну вигоду;

- обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю цих осіб, коли є дані про їх використання для готування та вчинення злочину;

- аудіо-, відеоконтроль особи, який здійснюється для фіксування спілкування між службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, посередником та особою, яка надає неправомірну вигоду, щодо узгодження умов надання-одержання неправомірної вигоди;

- спостереження за посередником та службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, для фіксування контактів між ними до, після одержання неправомірної вигоди посередником і передачі її службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги;

- затримання та обшук осіб як підозрюваних після фіксування процесу надання-одержання неправомірної вигоди під час аудіо-, відеоконтролю особи;

- обшук місця надання-одержання неправомірної вигоди та осіб, які в ньому знаходяться. Вилучаються предмет неправомірної вигоди, мобільні термінали зв'язку, документи, у яких відображені дії службової особи юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, щодо яких їй була надана неправомірна вигода. При цьому, з виявленого у службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, або у посередника під час такого обшуку предмету надання неправомірної вигоди, у т.ч. із його упаковки (конверту, пакету тощо), в обов'язковому порядку мають вилучатися сліди пальців рук, а за можливості сліди ДНК з метою забезпечення ідентифікації цих осіб і відповідно підтвердження надання-одержання ними предмету неправомірної вигоди;

- повідомлення особам про підозру;

- допити службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, посередника та надавача неправомірної вигоди як підозрюваних. Під час допитів як підозрюваних як службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, та посередника, який діяв на користь цієї особи, так і особи, яка надавала неправомірну вигоду, та посередника, який діяв на її користь, мають бути з'ясовані обставини, за яких відбулася їх попередня змова на вчинення злочину, умови їх змови та як у конкретному епізоді злочинної діяльності вони реалізовувалися;

- обрання підозрюваним запобіжних заходів;

- звернення із клопотанням у визначеному законодавством порядку щодо відсторонення від посади службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги;

- накладення арешту на вилучений предмет неправомірної вигоди та інші матеріальні об'єкти, які були вилучені під час обшуку та мають значення для кримінального провадження;

- прийняття рішення щодо зняття грифів таємності з матеріалів оперативно-розшукової діяльності та процесуальних рішень та протоколів негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них для забезпечення їх використання в доказуванні у кримінальному провадженні;

- отримання зразків відбитків пальців рук, ДНК, голосу службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги, посередника, особи, яка надала неправомірну вигоду, для проведення відповідно дактилоскопічної, ДНК та фоноскопічної експертизи;

- призначення дактилоскопічної експертизи, ДНК експертизи, фоноскопічної експертизи, лінгвістичної експертизи матеріалів аудіо-, відеозапису.

Тактична операція «Документування надання-одержання неправомірної вигоди» може ускладнюватися за рахунок: кількості посередників між особою, яка надає неправомірну вигоду, та службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги; кількості осіб, які надають неправомірну вигоду; надання неправомірної вигоди третій особі; надання неправомірної вигоди особі декількома частинами; надання неправомірної вигоди особі у безготівковій формі на рахунки вітчизняних чи зарубіжних банківських установ тощо.

Відповідно до цих обставин можуть здійснюватися негласні слідчі (розшукові) дії відносно посередників (зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, спостереження за ними, аудіо-, відеоконтроль, за необхідності та можливості це здійснити в середині публічно недоступних місць) з метою одержання доказів, які містять дані, що однозначно підтверджують одержання посередником неправомірної вигоди для службової особи юридичної особи приватного права/особи, яка надає публічні послуги чи для третіх осіб, на користь яких вони діють, а також аналогічних негласних слідчих (розшукових) дій щодо третьої особи, на користь якої надається неправомірна вигода.

Вкрай важливим для такої ситуації є документування факту передавання предмету неправомірної вигоди посередником службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги, або третій особі, на користь якої діє службова особа, а також одержання доказів того, що службова особа юридичної особи приватного права/особа, яка надає публічні послуги, усвідомлює, що її посередник, одержуючи предмет неправомірної вигоди, діє від її імені, а у випадку, коли неправомірна вигода одержується третьою особою, що цей факт прямо взаємопов'язаний із діями службової особи з використанням наданих їй повноважень.

Використання службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, третіх осіб (фізичних, юридичних) забезпечує завуальованість одержання неправомірної

вигоди. Обов'язково підлягає дослідженню характер та ступінь участі в одержанні неправомірної вигоди такої фізичної особи чи службових осіб юридичної особи, на користь якої була передана неправомірна вигода. Відповідно до результатів цього здійснюється кримінально-правова кваліфікація їх дій та приймається рішення щодо повідомлення їм про підозру.

3. Про вчинення злочину стало відомо із заяви особи, якій стало відомо про нього від інших осіб.

Ця ситуація є несприятливою для доказування обставин події злочину через те, що така особа дає показання з чужих слів, які можуть бути не точними та не відносно всіх обставин злочину, які мають значення для кримінального провадження.

Використання в доказуванні таких показань відповідно до ст. 97 КПК має цілий ряд умов, які суттєво ускладнюють обґрунтування ними без допиту особи, яка є першоджерелом таких показань, підозри службовій особі юридичної особи приватного права/особі, яка надає публічні послуги, яка прийняла пропозицію, обіцянку, висловила прохання надати чи вимагала та одержала неправомірну вигоду, та особі, яка запропонувала, пообіцяла, надала неправомірну вигоду. Допит першоджерела з високою імовірністю може призвести до нульового результату. Ця особа скористується своїм правом відмовитися від давання показань відносно себе, передбачене статтею 63 Конституції. І взагалі такий допит негативно вплине на результати кримінального провадження. А якщо таким першоджерелом є особа, яка надала або одержала неправомірну вигоду, то її допит як свідка взагалі є неможливим.

З урахуванням цього може бути прийняте рішення на підставі нормативних приписів Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» розпочати проведення оперативно-розшукової діяльності відносно особи на предмет готування нею вчинення злочину, передбаченого ст. 368-3/368-4.

Таким чином, така ситуація може трансформуватися у другу з розглянутих слідчих ситуацій, яка є сприятливою для доказування. І при успішному документуванні нового факту одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права/особою, яка надає публічні послуги, може одержати свій розвиток і кримінальне провадження щодо епізоду одержання неправомірної вигоди, про який стало відомо заявнику від інших осіб.

7.18. Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвалиабо постанови (ст. 375 КК) *(М. Хавронюк)*

Обов'язкові ознаки складу злочину.

Обов'язковими (конститутивними) ознаками постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови є:

1) предмет – неправосудний вирок, рішення, ухвала або постанова;

2) діяння, яке вчинюється щодо предмета – постановлення;

3) завідомість як ознака суб'єктивної сторони;

4) суб'єкт – суддя (судді).

Крім того, обов'язковими ознаками складу цього злочину є ті, необхідність яких випливає зі статей Загальної частини КК:

5) об'єкт;

6) загальні ознаки суб'єкта: а) досягнення 16-річного віку (визначено з урахуванням ч. 2 ст. 22 КК); б) осудність;

7) вина.

Об'єкт і предмет злочину.

Основним безпосереднім об'єктом злочину є справедливе правосуддя. Додатковим факультативним об'єктом злочину, що випливає з ч. 2 ст. 375, можуть виступати життя чи здоров'я потерпілого, його свобода та недоторканність, право власності або інші права і свободи людини, а також законна професійна діяльність журналіста.

Предметом злочину є неправосудні вирок, рішення, ухвала або постанова, що постановляються суддею (суддями). Відповідно до процесуального законодавства, судами постановляються такі види судових рішень[1]:

---

[1] Поняття «судове рішення» і «рішення суду» – не ідентичні. Перше з них є широким поняттям, яке використане в назві ст. 382 і охоплює ті види судових рішень, які прямо названі у цій статті. Друге поняття охоплює собою лише один вид судових рішень – рішення.

- в адміністративному процесі – рішення, постанова, ухвала. При цьому рішення означає рішення суду першої інстанції, в якому вирішуються позовні вимоги, постанова – це письмове рішення суду апеляційної або касаційної інстанції в адміністративній справі, у якому вирішуються вимоги апеляційної чи касаційної скарги, а ухвала – письмове або усне рішення суду будь-якої інстанції в адміністративній справі, яким вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні питання (ст. 4 КАСУ);

- в кримінальному процесі – ухвала, постанова або вирок (ст. 110 КПК). При цьому лише суд касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги по суті ухвалює судове рішення у формі постанови (ст. 441). Вирок суду (виправдувальний або обвинувальний) – це рішення суду першої або апеляційної інстанції про винуватість чи невинуватість особи; обвинувальний вирок установлює міру покарання винному та визначає інші правові наслідки визнання особи винною;

- у провадженні у справах про адміністративні правопорушення – постанова, а в окремих випадках при її перегляді у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом – і ухвала (статті 221-1, 297-2 і 297-7 КАП);

- у цивільному і господарському процесах – ухвала, рішення і постанова. При цьому ухвалами вирішуються процедурні питання, пов'язані з рухом справи в суді першої інстанції, клопотання та заяви осіб, які беруть участь у справі, питання про відкладення розгляду справи, оголошення перерви, зупинення або закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду тощо, ухваленням рішення закінчується розгляд справи по суті судом першої інстанції, а постановою закінчується перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку (ст. 258 ЦПК; ст. 232 ГПК).

Предметом злочину не можуть бути визнані такі види судових рішень, що постановляються суддею (суддями), які не згадані у ст. 375: судовий наказ (в цивільному і господарському процесі); адміністративний договір (в адміністративному процесі); висновок і подання (які надає чи вносить ВС згідно зі ст. 36 Закону «Про судоустрій і статус суддів»).

Ознакою відповідного судового рішення як предмету злочину є його ***неправосудність***. Остання зазвичай розуміється як така, що не відповідає праву і справедливості. Але для застосування цього терміно-поняття у кримінальному праві мають бути визначені чіткі критерії того, що є правосудним, а що таким не є. Такі критерії в судовій практиці досі не визначені[1].

Закон також не дає ані визначення, ані ознак (критеріїв) неправосудного рішення. Такі ознаки можна лише виявити логічним шляхом з аналізу відповідних процесуальних законів. У цьому зв'язку слід звернути увагу на те, що усі[2] національні процесуальні кодекси містять такі вимоги до судових рішень:

1) вимогу, згідно з якою судове рішення повинно ґрунтуватися *на засадах верховенства права*[3];

---

[1] У березні 2015 року, Рада суддів звернулася до пленуму ВСС із проханням дати роз'яснення щодо особливості застосування ст. 375 КК. Проте він так і не спромігся прийняти відповідну постанову. Див.: Григор'в І. Що таке неправосудне рішення, й коли за нього можна притягнути до кримінальної відповідальності // Закон і бізнес. – 24.09–30.09.2016. Режим доступу: https://zib.com.ua/ua/125676-nepravosudne_rishennya_scho_ce_take_y_koli_za_nogo_mozhna_pr.html

Пізніше Г.Ю. Корольова і О.М. Черних направили до КС конституційне звернення щодо офіційного тлумачення терміну «неправосудне», який міститься в положеннях статті 375 Кримінального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями частини п'ятої статті 124 Конституції України. Заявниці зазначали, що зміст поняття «неправосудність» у законах України не розкрито. У зв'язку із цим ст.375 КК застосовується в юридичній практиці неоднозначно. Вони просили єдиний орган конституційної юрисдикції розтлумачити ч. 1 ст. 375 КК, зокрема зміст слова «неправосудне» в контексті судового рішення та у взаємозв'язку із ч. 5 ст. 124 Основного Закону, а також пояснити: чи можуть уважатися неправосудними вирок, рішення, ухвала або постанова суду, які набрали законної сили? чи можуть уважатися неправосудними вирок, рішення, ухвала або постанова суду, не скасовані (не змінені) судом у встановленому законом порядку? чи є тотожними прикметники «неправосудний», «незаконний», «необгрунтований» у контексті судового рішення, завідоме винесення якого є підставою для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК? Див.: Григор'в І. Що таке неправосудне рішення, й коли за нього можна притягнути до кримінальної відповідальності // Закон і бізнес. – 24.09–30.09.2016. Режим доступу: https://zib.com.ua/ua/125676-nepravosudne_rishennya_scho_ce_take_y_koli_za_nogo_mozhna_pr.html

Утім, це конституційне звернення повернуте заявницям 27.09.2016 р. через невідповідність вимогам Закону «Про Конституційний Суд України». Див.: http://www.ccu.gov.ua/novyna/konstytuciyni-zvernennya-za-stanom-na-28-veresnya-2016-roku

[2] Тут слід зробити уточнення, що КУпАП у ст. 293 містить лише дві вимоги до постанов у справах про адміністративні правопорушення: вимогу законності і вимогу обгрунтованості. КУпАП діє ще з далеких радянських часів (1984 р.), а тому поняття «верховенство права» йому невідоме.

[3] КПК прямо не пред'являє такої вимоги до судового рішення. Проте, у ст. 7 КПК «Загальні засади кримінального провадження» вказано, що «зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відносяться… 1) верховенство права». У ст. 8 КПК зазначено, що «кримінальне провадження здійснюється з

2) вимогу *обґрунтованості*, яка стосується питань факту[1]. При цьому обґрунтованим визнається рішення, ухвалене судом на підставі:

- об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 цього Кодексу (ст. 370 КПК);
- повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні (ст. 263 ЦПК);
- повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні, з наданням оцінки всім аргументам учасників справи (ст. 236 ГПК);
- повно і всебічно з'ясованих обставин в адміністративній справі, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні, з наданням оцінки всім аргументам учасників справи (ст. 242 КАС);

3) вимогу *законності*, яка стосується питань права[2]. При цьому законним визнається рішення:

- ухвалене компетентним судом згідно з нормами матеріального права з дотриманням вимог щодо кримінального провадження, передбачених цим Кодексом (ст. 370 КПК);
- ухвалене судом відповідно до норм матеріального права із дотриманням норм процесуального права, а також таке, що відповідає завданню цивільного (господарського, адміністративного) судочинства, визначеному відповідним Кодексом (ст. 263 ЦПК, ст. 236 ГПК, ст. 242 КАС).

Виникають питання, чи є правосудним судове рішення, якщо воно: ґрунтується на засадах верховенства права, але при цьому є незаконним та необґрунтованим; не ґрунтується на засадах верховенства права, але при цьому формально є законним та обґрунтованим; не ґрунтується на засадах верховенства права і є незаконним, але при цьому є належно обґрунтованим; не ґрунтується на засадах верховенства права і водночас є необґрунтованим, але при цьому формально відповідає закону?

Важко уявити, що неправосудним може бути судове рішення, яке захищає людину, її права та свободи як найвищі цінності, що визначають зміст і спрямованість діяльності держави, і винесене з урахуванням практики ЄСПЛ. Водночас легко уявити судове рішення, яке формально суперечить тому чи іншому національному закону. Отже, представляється, що **неправосудним має визнаватися судове рішення, яке:**

а) не ґрунтується на засадах верховенства права і при цьому є:

- незаконним та необґрунтованим;
- незаконним, хоча формально є обґрунтованим;
- необґрунтованим, хоча формально є законним;

б) формально ґрунтується на засадах верховенства права, але при цьому є незаконним та необґрунтованим.

Таблиця 24. **Критерії неправосудності судового рішення.**

Критерій «ґрунтується на засадах верховенства права»	Критерій законності	Критерій обґрунтованості	Правосудність судового рішення
–	–	–	Неправосудне
–	+	–	Неправосудне
–	–	+	Неправосудне
+	–	–	Неправосудне

додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини». Схожі положення містяться у ст. 6 КАС.

[1] Для прийняття процесуальних рішень досить часто достатньо дотримання таких критеріїв, як «припущення», «висока вірогідність», а ось критерії «переконливість» («впевненість») і «поза всяким (чи поза розумним) сумнівом» найчастіше потрібні для прийняття остаточного рішення у справі.

[2] Крім того, КПК містить також і вимогу мотивованості судового рішення. Згідно з ч. 4 ст. 370 КПК, вмотивованим є рішення, в якому наведені належні і достатні мотиви та підстави його ухвалення. Проте, на наш погляд, якщо судове рішення відповідає принципу верховенства права, є законним і обґрунтованим, то воно практично не може не бути також і вмотивованим. Тому критерій мотивованості фактично не є визначальним.

Якщо судове рішення ґрунтується на засадах верховенства права, воно ухвалене судом відповідно до норм матеріального права із дотриманням норм процесуального права, відповідає завданню відповідного судочинства, але при цьому постановлено на підставі недостатньо повно і всебічно з'ясованих обставин, то йдеться про необґрунтоване судове рішення, яке не є завідомо неправосудним. Так само незаконним, але не завідомо неправосудним слід вважати судове рішення, яке ґрунтується на засадах верховенства права, постановлено на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин, але ухвалене судом не відповідно до норм матеріального права та/або з недотриманням норм процесуального права або таке, що не зовсім відповідає завданню відповідного судочинства.

Таким чином, поняття «неправосудність», «незаконність» і «необґрунтованість» не є синонімами.

Слід звернути увагу на вирок Київського районного суду м. Одеси від 15 травня 2017 р., яким суддю ОСОБА_4 визнано невинуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 375, і виправдано у зв'язку з відсутністю в його діях складу вказаного кримінального правопорушення. Одним із вагомих аргументів для невизнання прийнятої ним постанови неправосудною стало те, що ця постанова двічі переглядалась в апеляційному порядку Одеським апеляційним адміністративним судом, в різних складах, і була залишена без змін. Обґрунтовуючи свою позицію у цій справі, суддя Київського районного суду м. Одеси Іванчук В.М., зокрема, зазначив:

> *«26.12.2016 р. Пленум Верховного Суду України звернувся до Конституційного Суду України з Конституційним поданням, щодо необхідності тлумачення сполучення слів «як неправосудного», ужитого в частині четвертій статті 62 Конституції України.*
>
> *При цьому Пленум ВСУ констатував, що зазначене поняття не дістало конкретизації в поєднанні з поняттями «незаконність» і «необґрунтованість» у жодному законодавчому акті України, що є ризиком порушення прав громадян на справедливий судовий захист і гарантій незалежності суддів під час здійснення ними правосуддя.*
>
> *Однією з підстав звернення з таким поданням була необхідність забезпечення правової визначеності під час вирішення питань, пов'язаних з матеріальними та процесуальними підставами кримінальної відповідальності судді за постановлення завідомо неправосудного рішення, що має істотне значення для створення належних умов здійснення правосуддя в державі. При цьому з огляду на практику Європейського суду з прав людини, невід'ємним елементом принципу правової визначеності є єдність та стабільність судової практики, завдяки якій можуть бути подолані прогалини, зумовлені недосконалим та недостатньо чітким формулюванням правових норм, зокрема тих, які визначають засади кримінальної відповідальності.*
>
> *Ототожнення поняття «неправосудність» із поняттям «незаконність» та/або «необґрунтованість», на думку Пленуму ВСУ, призведе до того, що всі судові рішення, які були скасовані судами апеляційної чи касаційної інстанцій, у тому числі рішення, у яких суд помилково чи передчасно, однак за відсутності грубої недбалості чи злочинного наміру, дійшов певних висновків і які вплинули на ухвалення ним рішення, повинні визнаватися неправосудними. Проте зазначене суперечить конституційно-правовим засадам існування правосуддя в цілому.*
>
> *КСУ у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що згідно із ч. 1 ст. 8 Конституції України визнається і діє принцип верховенства права. Складовою верховенства права є принцип правової визначеності, основою якого є ідея передбачуваності очікування суб'єктом відносин визначених правових наслідків (правового результату) своєї поведінки, яка відповідає наявним у суспільстві нормативним приписам. КСУ наголошував на тому, що принцип правової визначеності вимагає ясності й однозначності правової норми та забезпечення того, щоб ситуації й правовідносини залишалися передбачуваними (правові позиції КСУ в рішеннях від 22 вересня 2005 р. №5-рп/2005, від 29 червня 2010 р. №17-рп/2010, від 22 грудня 2010 р. №23-рп/2010, від 11 жовтня 2011 р. №10-рп/2011).*
>
> *У Рішенні ЄСПЛ у справі «Реквеньї проти Угорщини» від 20 травня 1999 р. зазначено: «Норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, яка надає громадянину можливість керуватися нею у своїх діях: він повинен бути здатним (якщо необхідно, то за допомогою відповідних консультацій) передбачити достатньою мірою за певних обставин наслідки, які можуть бути спричинені такою дією. Передбачуваність цих наслідків з абсолютною впевненістю не потрібна: досвід показує, що цього досягнути неможливо. Хоча певність, безумовно, бажана, прагнення забезпечити її може призвести до надмірної ригідності, хоча закон має завжди відповідати обставинам, що змінюються» (п. 34).*

Суд приходить до висновку, що, враховуючи невизначеність в законі терміну «неправосудне» судове рішення, а також неоднозначну практику Вищого адміністративного суду України з приводу питань, які були вирішені суддею ОСОБА_4 в постанові від 25.11.2013 р., та висновок Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя (яким відмовлено у притягненні ОСОБА_4 до дисциплінарної відповідальності, а дисциплінарне провадження припинене), існують об'єктивні сумніви щодо того, що винесена суддею ОСОБА_4 постанова може бути кваліфікована, як неправосудна»[1].

На відміну від неправосудності, яка встановлюється під час досудового розслідування і при розгляді в суді справи про злочин, передбачений ст. 375, невідповідність засадам верховенства права, його незаконність і необґрунтованість встановлюються (можуть бути встановлені) щодо судового рішення, яке:

- не має статусу остаточного, – судом вищої інстанції відповідно до його компетенції. Для визнання судового рішення таким, що не відповідає цим вимогам, необхідно, щоб це було підтверджено вищестоящою судовою інстанцією, адже судове рішення може бути скасовано виключно в порядку, передбаченому процесуальним законом;

- має статус остаточного або не має такого статусу, – під час процедури притягнення судді чи іншої особи до кримінальної відповідальності або до дисциплінарної відповідальності у зв'язку із встановленням фактів втручання в діяльність судді, погрози чи насильства щодо судді або у зв'язку з одержанням суддею неправомірної вигоди за винесення цього рішення чи встановлення вини судді у вчиненні злочину або зловживання слідчого судді чи суду під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судове рішення (виключні обставини)[2]. Остаточними судовими рішеннями є, зокрема: судові рішення судів першої інстанції, які за законом не підлягають перегляду в апеляційному чи касаційному порядку або судові рішення апеляційних судів, які не підлягають перегляду в касаційному порядку (в адміністративному процесі, у справі про адміністративне правопорушення тощо); рішення касаційного суду; судові рішення (постанови) палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду.

Крім того, невідповідність судового рішення засадам верховенства права встановлюється (може бути встановлена) міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною (див., наприклад, п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК).

Вироком Летичівського районного суду Хмельницької області від 22 січня 2013 р. ОСОБА_1 засуджено, зокрема, за ч. 1 ст. 375 КК. Суддею ОСОБА_1 було постановлено низку завідомо неправосудних рішень, зокрема, про звернення стягнення на земельну ділянку, при цьому ОСОБА_1 відверто нехтував вимогами законодавства, порушивши норми матеріального та процесуального права, а саме:

- розглянув справу у попередньому судовому засіданні, не роз'яснивши сторонам про наслідки такого розгляду;

- встановив обов'язки державних установ, які не були учасниками і сторонами у справі;

- постановив рішення без участі та виклику осіб, на яких покладається його виконання;

- постановив рішення, яке за змістом виходить за межі предмету спору;

- позбавив державні установи можливості подати докази по справі в судовому засіданні, брати участь у дослідженні обставин справи, оскаржувати рішення, вчиняти інші процесуальні дії, передбачені ЦПК;

- прийняв рішення всупереч вимогам п. 15 Перехідних положень ЗК, відповідно до якого до закінчення мораторію забороняється відчуження земельних ділянок;

- порушив правила виключної територіальної підсудності про розгляд справ за місцем знаходження нерухомого майна, бо відповідач і спірне нерухоме майно знаходяться у АДРЕСА_5, і при цьому суддя не постановив ухвалу про повернення позовної заяви;

- не дослідив докази;

- не провів фіксування судового процесу технічними засобами, –

що в сукупності призвело до постановлення завідомо неправосудних рішень про задоволення

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67024918

[2] У цьому зв'язку слід нагадати, що згідно із п. 7 ч. 2 ст. 65 КПК, у випадках кримінального провадження щодо прийняття суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, ухвали судді та присяжні можуть бути допитані як свідки навіть про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення.

позовних вимог про звернення стягнень на земельні ділянки, які знаходяться в межах Зазимської сільської ради Броварського району Київської області, чим не забезпечив гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави на засадах верховенства права[1].

Подібні системні порушення, які у сукупності характеризують постановлене судове рішення як неправосудне, як правило, вчинюють й інші судді. Відповідні рішення у більшості випадків водночас не відповідають усім трьох згаданим вище критеріям: вони не ґрунтуються на засадах верховенства права та є незаконними і необґрунтованими (хоча при цьому можуть бути непогано мотивованими). Про наявність наміру постановити неправосудне рішення можуть свідчити такі обставини, наприклад: перекручування фактів; невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи; ігнорування прямого припису норми закону; ухвалення рішення в умовах конфлікту інтересів чи за наявності інших обставин, що потребують заявлення самовідводу; порушення єдності судової практики (ухвалення суддею різних рішень за наявності схожих обставин тощо).

7 листопада 2014 р. Болехівський міський суд Івано-Франківської області засудив суддю Дрогобицького міськрайонного суду за злочин, вчинений за таких обставин.

Влітку 2011 року організована група в складі Особи 1, Особи 2, Особи 3, справи щодо яких виділені в окреме провадження, розробила злочинну схему із заволодіння нерухомим майном територіальної громади м. Львова шляхом звернення до Дрогобицького міськрайонного суду із фіктивними позовними заявами, що містили завідомо недостовірні відомості щодо предмета спору та інших суттєвих обставин, визначених ст. 119 ЦПК.

Ініціювавши в ході розгляду указаних цивільних справ укладення мирових угод, що містили завідомо недостовірні відомості про наявність договірних відносин між сторонами у справі, суддя ОСОБА_3 ухвалив 5 (п'ять) завідомо неправосудних рішень про закриття провадження у справах у зв'язку з визнанням мирових угод, на підставі яких за фізичними особами, що виступали фіктивними сторонами у справах, визнано право власності на 12 приміщень загальною площею 2452,4 м2 та загальною вартістю 3 502 862 грн., розташованих на території м. Львова та належних територіальній громаді м. Львова, після чого здійснено реєстрацію права власності на об'єкти в ОПК ЛОР «БТІ та ЕО» та в Реєстраційній службі Львівського міського управління юстиції.

При цьому ОСОБА_3:

- не відмовив у відкритті проваджень, не повернув позовні заяви позивачам (як робили це його колеги – судді Дрогобицького суду, коли справи поступали до їх провадження), явно порушивши принципи підсудності (зустрічні позовні вимоги про визнання права власності стосувались нерухомості, що знаходилась у м. Львові);

- призначив їх розгляд відразу до судового засідання (без попереднього розгляду) в максимально короткі терміни, чим також порушив вимоги ст. 74 ЦПК, оскільки судова повістка повинна бути вручена з таким розрахунком, щоб особи, які викликаються, мали достатньо часу для явки в суд і підготовки до участі в судовому засіданні, але не пізніше, ніж за три дні до судового засідання;

- умисно приймав документи, хоча вони були оформлені не у відповідності до вимог ЦПК, а жоден із зустрічних позовів по цивільних справах не подавався через канцелярію суду, тобто офіційно не реєструвався;

- затвердив мирові угоди без залучення до участі в розгляді справ дійсного власника спірних приміщень;

- не направив відповідачам у справі ухвали про відкриття провадження та копії документів;

- не направив судові повістки, які б підтверджували факт виклику сторін в судові засідання. Виклики для явки в суд сторони фактично не могли отримати через неправильно зазначені адреси їх проживання в позовних заявах;

- не провів в кожній з п'яти справ попереднє судове засідання, як в первинних позовах так і в зустрічних, і не з'ясував, якими доказами позивач і відповідач будуть обґрунтовувати свої доводи чи заперечення та визначати факти, встановлення яких необхідне для вирішення спору,

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36788997

не встановив контроль над поданням доказів, зокрема, на підтвердження порушеного права власності на спірне майно;

- не долучив зустрічних позовів в судовому засіданні, оскільки це не зафіксовано в протоколах судових засідань, тобто ці документи отримав особисто і в той же день вніс їх на судовий розгляд. При цьому умисно проігнорував вимоги ст. 124 ЦПК щодо форми та змісту зустрічної позовної заяви, оскільки жодна із зустрічних вимог про визнання права власності не оплачена судовим збором;

- прийняв всі зустрічні заяви до спільного розгляду з первісним позовом, не зважившись на те, що вимоги первісного та зустрічного позову не пов'язані між собою. При цьому питання про об'єднання вимог із зустрічним позовом в одне провадження не вирішував;

- затверджуючи мирові угоди, не з'ясовував правовий статус приміщень, адже в матеріалах справи відсутні правовстановлюючі документи на всі будинки, а відтак не з'ясував питання, чи визнання мирової угоди зачіпають інтереси інших осіб. Таким чином, проігнорував вимоги закону щодо залучення осіб, права яких зачіпає спір;

- умисно допустив невиконання вимог ст. 197 ЦПК щодо обов'язкового фіксування судового розгляду справи за допомогою звукозаписувального технічного засобу;

- за відсутності осіб, котрі брали участь у справах, підписав протоколи судових засідань, виготовлені секретарем судового засідання з неправдивими відомостями про участь сторін;

- встановлення осіб учасників судового засідання здійснював не на підставі паспорта, а копій, що були в матеріалах справи, а при її відсутності – словесного підтвердження своєї особи учасником засідання[1]*.*

Вироком Апеляційного суду Івано-Франківської області від 16 листопада 2015 р. вирок Болехівського міського суду Івано-Франківської області від 7 листопада 2014 р. щодо ОСОБА_3 в частині кваліфікації неправомірних дій та призначеного покарання скасовано і постановлено новий вирок, яким ОСОБА_3 визнано винуватим у вчиненні злочинів, передбачених ч.2 ст. 375 і ч.1 ст. 366 КК. [2]

В деяких випадках органи досудового розслідування необґрунтовано не інкримінують судді винесення неправосудного судового рішення, помилково вважаючи, що його дії, пов'язані з винесенням такого рішення, охоплюються складом злочину, передбаченого ст. 368, в частині вчинення чи невчинення суддею в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої йому влади чи службового становища. Внаслідок такої кваліфікації виправдання судді за фактом одержання неправомірної вигоди фактично виключає будь-яку його кримінальну відповідальність.

У вироку Вінницького міського суду від 13 вересня 2016 р. вказано, що стороною обвинувачення поза розумним сумнівом не доведено, що суддя ОСОБА_2 отримав від ОСОБА_3 саме грошові кошти (а не предмети, зовні схожі на грошові кошти). Відомості про вилучення в помешканні ОСОБА_2 грошових коштів, частина яких була надана ОСОБА_3 під час огляду, помітки та вручення грошових коштів судом до уваги не приймаються, оскільки ця обставина підтверджується протоколом проведення обшуку в помешканні ОСОБА_2, який судом визнано недопустимим доказом. За таких обставин суд приходить до переконання, що відповідно до ч. 1 ст. 373 КПК ОСОБА_2 за даним фактом підлягає виправданню.

Щоправда, цим же вироком ОСОБА_2 засуджено за ст. 368 КК за іншим епізодом. За обставинами справи, 31 серпня 2012 р. до Іллінецького районного суду Вінницької області з ВДАІ Іллінецького РВ УМВС України у Вінницькій області надійшов для розгляду протокол про адміністративне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 130 КУпАП, яке було вчинене ОСОБА_3. Справа про адміністративне правопорушення прийнята до свого провадження суддею Іллінецького районного суду Вінницької області ОСОБА_2. За наслідками її розгляду 3 вересня 2012 р. суддя ОСОБА_2 в судовому засіданні проголосив прийняте ним рішення про накладення на ОСОБА_3 адміністративного стягнення у виді позбавлення права керувати транспортним засобом строком на 3 роки. Цього ж дня адвокат, діючи в інтересах ОСОБА_3, зустрілась із суддею ОСОБА_2 в його службовому кабінеті, не будучи обізнаною про наявність проголошеного судового рішення в справі, запропонувала ОСОБА_2 ухвалити рішення про накладення на ОСОБА_3 стягнення, не пов'язаного з позбавленням права керувати транспортним засобом.

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41271990

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53508461

В подальшому, 11 вересня 2012 р., суддя ОСОБА_2, використовуючи надані йому владні повноваження, всупереч інтересам служби, діючи на виконання попередніх домовленостей з ОСОБА_3 та в його інтересах, підписав завідомо неправдивий офіційний документ – підроблену постанову суду від 3 вересня 2012 р. у справі про те саме адміністративне правопорушення, у яку вніс завідомо неправдиві відомості про те, що на ОСОБА_3 накладено адміністративне стягнення за ч. 2 ст. 130 КУпАП у виді 60 год. громадських робіт. 17 вересня 2012 р. ОСОБА_2, продовжуючи свою злочинну діяльність, з корисливих мотивів у своєму службовому кабінеті у приміщенні Іллінецького районного суду Вінницької області одержав від ОСОБА_3 хабар (неправомірну вигоду) у значному розмірі в сумі 5 тис. грн. за призначення йому стягнення не пов'язаного з позбавленням спеціального права керувати транспортним засобом[1].

Очевидно, що в цьому випадку суддя мав би притягуватися до кримінальної відповідальності не лише за ч. 1 ст. 366 і ч. 3 ст. 368, а й за ч. 2 ст. 375 (за ознакою вчинення злочину з корисливих мотивів).

Об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона злочину полягає у постановленні суддею (суддями) завідомо неправосудного судового рішення.

Поняттям ***постановлення судового рішення*** охоплюються його складання, підписання та/або проголошення і доведення його змісту до відома учасників процесу. В одних випадках суб'єкт цього злочину може власноруч скласти, підписати неправосудне судове рішення та проголосити його, в других – підписати і проголосити складене іншими особами неправосудне судове рішення, в третіх – лише проголосити складене та підписане іншими особами неправосудне судове рішення або ж проголосити судове рішення, яке взагалі не складалось. У будь-якому випадку додатково кваліфікувати дії винної особи за ст. 366 не потрібно.

Злочин вважається закінченим з моменту постановлення суддею (суддями) судового рішення – незалежно від часу набрання ним законної сили та його виконання.

Суб'єкт злочину.

Суб'єктом цього злочину можуть бути тільки судді, які одноособово чи в колегіальному складі розглядають справи у судах першої інстанції, апеляційних судах, вищих спеціалізованих судах або ВС.

Судом взагалі (як випливає зі статей 124–126 Конституції України) є орган державної судової влади, що входить до судової системи та здійснює правосуддя, ухвалюючи загальнообов'язкові судові рішення Іменем України, і юрисдикція якого поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення, а в передбачених законом випадках – і на інші справи. У ст. 375 поняттям «суд» охоплюються лише існуючі в Україні суди загальної юрисдикції: 1) місцеві суди (окружні суди, окружні господарські суди і окружні адміністративні суди, а також інші суди, визначені процесуальним законом); 2) апеляційні суди (апеляційні суди з розгляду цивільних і кримінальних справ, апеляційні господарські та апеляційні адміністративні суди); 3) вищі спеціалізовані суди (Вищий суд з питань інтелектуальної власності і Вищий антикорупційний суд); 4) ВС, у складі якого діють: Велика Палата ВС; Касаційний адміністративний суд; Касаційний господарський суд; Касаційний кримінальний суд; Касаційний цивільний суд.

Відповідними процесуальними кодексами як суди визначені: суддя, який розглядає і вирішує адміністративну справу одноособово, колегія суддів, інший склад адміністративного суду (КАСУ, ст. 4); суд відповідних трьох інстанцій, суддя і присяжний (КПК, ст. 3); районні, районні у місті, міські чи міськрайонні суди (судді), місцеві адміністративні та господарські суди, апеляційні суди, ВС (КУпАП, ст. 213); місцеві загальні суди, апеляційні суди і ВС (ЦПК, статті 23–25); місцеві та апеляційні господарські суди, Вищий суд з питань інтелектуальної власності, ВС (ГПК, статті 24–26).

Поняттям «суддя» у ст. 375 не охоплюються судді: Міжнародного кримінального суду та інших іноземних судів, у т.ч. у випадках, коли вони виносять рішення у цивільних, трудових, сімейних справах, вироки у кримінальних справах у частині, що стосується конфіскації майна та відшкодування шкоди потерпілим тощо; Міжнародного комерційного арбітражного суду та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України; міжнародного комерційного арбітражу;

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61254430; http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79745201

третейських судів; інших громадських судів, які сприяють розгляду цивільних та деяких інших спорів (медіатори, консиліатори, арбітри); релігійних судів; судів територіальних чи професійних співтовариств (сільські, товариські суди, суди офіцерської честі). Всі названі суди не входять до системи судів України, тобто не мають відповідного державного статусу, деякі з них, як-от третейські суди, – і статусу юридичної особи, а їхні рішення, що виносяться не Іменем України, а, наприклад, від власного імені, є обов'язковими лише для сторін і не мають загальнообов'язкового характеру.

Постановлення судового рішення будь-якою іншою особою, крім судді, може бути кваліфіковане за ст. 366 як службове підроблення, або за ст. 353 як самовільне присвоєння владних повноважень тощо.

Інші особи, крім судді, можуть бути визнані підбурювачем, організатором та/або пособником злочину, і відповідно до правила, встановленого ч. 2 ст. 29, підлягають кримінальній відповідальності за відповідними частинами ст. 27 і ст. 375.

> *Вироком Печерського районного суду м. Києва від 4 березня 2015 р. визнано винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 5 ст. 27 ч. 2 ст. 375 КК прокурора – начальника відділу нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних провадженнях, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян прокуратури Київської області. Його обвинувачено в пособництві шляхом усунення перешкод у постановленні суддею завідомо неправосудної ухвали про звільнення засудженого від подальшого відбування покарання у виді позбавлення волі у зв'язку із хворобою, що спричинило тяжкі наслідки*[1].

Суб'єктивна сторона злочину.

Вина при вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 375, характеризується прямим умислом, що підтверджується вживанням слова «завідомо».

У цьому зв'язку слід згадати Рекомендацію CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухвалену Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. (пункти 66 і 68), відповідно до якої тлумачення закону, оцінювання фактів або доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для:

а) кримінальної відповідальності, крім випадків злочинного наміру;

б) цивільної або дисциплінарної відповідальності, крім випадків злочинного наміру або грубої недбалості.

Якщо мала місце добросовісна судова помилка, коли суддя виніс незаконне рішення, будучи переконаним стосовно доведеності чи, навпаки, недоведеності фактів і висновків, викладених у судовому рішенні, або виніс неправосудне рішення внаслідок недбалості, недостатньої кваліфікації, відсутності чіткості в нормах закону, інших недоліків у законодавстві, наявності суперечливої судової практики тощо, то кримінальна відповідальність за ст. 375 виключається.

Психічне ставлення винного до тяжких наслідків, передбачених ч. 2 ст. 375, може характеризуватися як умислом (наприклад, коли неправосудне засудження з помсти до підсудного є способом доведення його до самогубства), так і необережністю.

Кваліфікуючі ознаки злочину.

Кваліфікуючими ознаками злочину (ч. 2 ст. 375) є: 1) спричинення тяжких наслідків, а також вчинення його: 2) з корисливих мотивів; 3) в інших особистих інтересах; 4) з метою перешкоджання законній професійній діяльності журналіста.

До ***тяжких наслідків*** можна віднести, наприклад, позбавлення волі, обмеження волі чи арешт потерпілого як результат неправосудного вироку, самогубство потерпілого чи його тяжке захворювання, викликане стресовою ситуацією, пов'язаною із винесенням неправосудного рішення, обмеження потерпілого в його конституційних правах (зокрема, позбавлення права власності на житло чи батьківських прав, визнання обмежено осудним тощо).

> *Кременчуцький районний суд Полтавської області вироком від 26 червня 2013 р. (ухвалою*

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42987287; http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67064542; http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58300768

Колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду Полтавської області від 1 жовтня 2013 р. вирок залишено без змін) засудив за ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 366, ч. 2 ст. 375 КК ОСОБА_1, який, працюючи на посаді судді Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області, вчинив зловживання владою, тобто умисне, в інтересах третіх осіб, використання службовою особою влади всупереч інтересам служби, що спричинило тяжкі наслідки охоронюваним законом правам, свободам, інтересам окремих громадян та державним інтересам; службове підроблення, тобто умисне складання та видачу службовою особою завідомо неправдивого офіційного документу, що спричинило тяжкі наслідки; і постановив завідомо неправосудне рішення та ухвалу, що спричинило тяжкі наслідки.

ОСОБА_1, зловживаючи своїми владними повноваженнями, без реєстрації в Олександрійському міськрайонному суді позову ОСОБА_3 до ОСОБА_5 та без розгляду в суді відповідної цивільної справи, умисно склав завідомо неправдивий офіційний документ – рішення суду, згідно з яким визнано дійсним договір купівлі-продажу будинку розташованого в АДРЕСА_3, датований 02.12.2008 р. та визнано право власності ОСОБА_3 на вказаний будинок. Це рішення не відповідало вимогам законності та обґрунтованості, так як було постановлено з порушенням передбаченого законодавством порядку прийняття суддею рішення та без повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які мали бути, але не були досліджені в судовому засіданні, тобто являється неправосудним.

Під час складання вказаного незаконного рішення, ОСОБА_1 зазначив у рішенні дату 03.03.2009 р. та безпідставно, для наявності в рішення необхідних видимих реквізитів, присвоїв №2-928/2009 сторонньої цивільної справи (за позовом ОСОБА_7 до ОСОБА_8 про стягнення боргу), яка реально перебувала на розгляді у нього у той період. В подальшому ОСОБА_1, передав ОСОБА_3 та ОСОБА_4 вказане незаконне рішення. 12.08.2010 р., на підставі виданого ОСОБА_1 незаконного рішення та інших документів, поданих ОСОБА_3 і ОСОБА_4, службовими особами Олександрійського КМБТІ переоформлено з ОСОБА_6 на ім'я ОСОБА_3 житловий будинок, розташований в АДРЕСА_3. В результаті вказаних злочинних дій судді Олександрійського міськрайонного суду ОСОБА_1. мешканку м. Олександрія ОСОБА_6 позбавлено права власності на житло[1]*.*

Якщо постановлення неправосудного судового рішення було способом доведення особи до самогубства, то вчинене потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 375 і ч. 2 ст. 120 (за ознакою «те саме діяння, вчинене щодо особи, яка перебувала в іншій залежності від винуватого»), а якщо способом позбавлення права власності на майно – за ч. 2 ст. 375 і ч. 2–5 ст. 191 (як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем).

В окремих вироках судів тяжкими наслідками визнавалось завдання великої майнової шкоди. На наш погляд, при її визначенні судам слід орієнтуватися на пункт 4 примітки до ст. 364, відповідно до якого тяжкими наслідками у статтях 364–367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян[2].

Так, вироком Летичівського районного суду Хмельницької області від 22 січня 2013 р. ОСОБА_1 засуджено, зокрема, за ч. 2 ст. 375 КК, при цьому тяжкими наслідками вчинення ним цього злочину суд визнав проведення на підставі судового рішення, постановленого ОСОБА_1, незаконних виплат за рахунок бюджетних коштів в загальній сумі 6485644 грн.[3]

У ч. 4 ст. 3 КК міститься правило, згідно з яким застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено. Проте, у цьому контексті мається на увазі те, що нікого не може бути засуджено за діяння, за певними ознаками схоже на те, що передбачено відповідною статтею КК (наприклад, не можна застосувати статтю про жорстоке поводження з тваринами на ситуацію знищення плюшевого ведмедика або статтю про шпигунство – передачу державної таємниці іноземній державі чи її представникам на ситуацію передачі державної таємниці представникам тимчасової адміністрації так званих ДНР чи ЛНР). Застосовувати ж аналогію закону для з'ясування тієї чи іншої ознаки складу злочину закон не забороняє. Зокрема, якщо у тій чи іншій статті КК

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49349370

[2] У 2019 році це 250 х 960,5 грн. = 240125 грн.

[3] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36788997

конкретний зміст тяжких наслідків не визначено, суд має дискрецію зробити це – і вимушений застосувати інститут аналогії закону.

Вироком Апеляційного суду Івано-Франківської області від 16 листопада 2015 р. вирок Болехівського міського суду Івано-Франківської області від 7 листопада 2014 р. щодо ОСОБА_3 в частині кваліфікації неправомірних дій та призначеного покарання скасовано і постановлено новий вирок, яким ОСОБА_3 визнано винуватим у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 375 і ч. 1 ст. 366 КК. При цьому колегія суддів, зокрема, не погодилась з висновками суду першої інстанції про те, що матеріалами справи не знайшла свого підтвердження така кваліфікуюча ознака, як спричинення тяжких наслідків, і вважає, що як в ході досудового розслідування слідчими органами, так і під час апеляційного розгляду повністю доведена вартість усіх дванадцяти об'єктів нерухомості, по яких обвинуваченим було винесено завідомо неправосудні рішення, що спричинили тяжкі наслідки – на загальну суму 3502862 грн.

Апеляційний суд у своєму вироку зазначив таке: «Дійсно, законодавець не визначив правових критеріїв встановлення наявності тяжких наслідків за ч. 2 ст. 375 КК. Однак, визначення наслідків вчиненого злочину тяжкими віднесено до виключної компетенції суду, за винятком тих випадків, де вони прямо зазначені у відповідних статтях Особливої частини КК. Враховуючи це, а також фактичні обставини кримінального провадження, колегія суддів вважає за необхідне застосувати аналогію закону, і констатує, що на час вчинення ОСОБА_3 кримінального правопорушення загальна вартість вищевказаного майна більш ніж у 206 050 разів перевищувала неоподатковуваний мінімум доходів громадян. На переконання апеляційного суду, це беззаперечно свідчить про спричинення територіальній громаді м. Львова тяжких наслідків в контексті ч. 2 ст. 375 КК.

Окрім цього, кримінальне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 375 КК, є злочином із матеріальним складом, тобто його об'єктивна сторона передбачає настання суспільно небезпечних наслідків як обов'язкову ознаку вчинення правопорушення. Тому висновок суду першої інстанції, що тяжкі наслідки як такі відсутні, оскільки майнова шкода, яка спричинена неправосудними рішеннями, усунута шляхом їх скасування в судових інстанціях, колегія суддів вважає такими, що не ґрунтуються на нормах матеріального закону»[1]**.**

Корисливий мотив виражає прагнення винного отримати будь-яку матеріальну вигоду (отримати кошти чи майно, безоплатну послугу, ухилитися від обов'язкового платежу, уникнути інших майнових витрат.

Вироком Чигиринського районного суду Черкаської області від 7 квітня 2015 р. ОСОБА_2 засуджено за ч. 2 ст. 375 КК за постановлення суддею завідомо неправосудного рішення, вчинене з корисливих мотивів.

За обставинами справи, достовірно знаючи та усвідомлюючи, що сторонами у цивільних справах є близькі родичі (мати і племінниця), що, відповідно до закону унеможливлює участь судді у розгляді цих цивільних справ та суддя підлягає відводу (самовідводу), ОСОБА_2 не здійснила жодних дій та не прийняла відповідних процесуальних рішень щодо заявлення самовідводів у зазначених цивільних справах, незважаючи на те, що справи не підсудні Ленінському районному суду м. Кіровограда (оскільки позови, що виникають з приводу нерухомого майна, пред'являються за місцезнаходженням майна, або основної його частини, у той час, як зазначені об'єкти нерухомого майна розташовані на території Кіровського району м. Кіровограда), у найкоротший строк призначила їх попередні розгляди, створила умови неявки сторін провадження до суду, не дослідила докази, – і в результаті винесла неправосудне судове рішення, яким повністю задовольнила позовні вимоги позивача – власної матері, керуючись при цьому корисливими мотивами, та окрім того, спричинивши тяжкі наслідки громадським інтересам у вигляді неправомірного визнання права власності на майно територіальної громади – нежитлові підвальні приміщення, загальна вартість яких на момент прийняття неправосудного рішення відповідно до висновку експерта складала 239 672 грн.[2]

Інші особисті інтереси – це, наприклад, помста, заздрість, ревнощі, задоволення садистських нахилів, національна, етнічна чи релігійна ворожість, неприязнь або, навпаки, прихильність до певної особи тощо.

---

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53508461

[2] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43831707

Як зазначено в постанові колегії суддів Касаційного кримінального суду від 26 червня 2018 р., згідно з пред'явленим обвинуваченням, суддя ОСОБА_3, будучи службовою особою і носієм судової влади, свідомо і цілеспрямовано використовуючи своє службове становище всупереч інтересам правосуддя, розраховуючи одержати для себе неправомірну вигоду у вигляді подальшого сприяння невстановленими слідством особами з числа вищого керівництва у державі в кар'єрному рості, яке могло відбутися після успішного виконання злочинного завдання на ґрунті сформованого враження про них як про прихильників існуючої на той час влади, склав, підписав, постановив та проголосив у судовому засіданні завідомо неправосудну постанову.

На обґрунтування наявності такого мотиву сторона обвинувачення не встановила і не надала суду жодного доказу того, в чому саме полягав кар'єризм ОСОБА_3 – ні взагалі, ні щодо винесення постанови, та які дії вживалися ОСОБА_3 для реалізації цього мотиву, як вплинуло винесення ним зазначеної постанови на його кар'єрний ріст. Судом першої інстанції на підставі дослідження даних про роботу на посаді судді ОСОБА_3 встановлено, що він за весь час роботи суддею в Одеському окружному адміністративному судді із заявою чи проханням про переведення до іншого суду не звертався, питання про його звільнення не вирішувалось, його кандидатура на адміністративну посаду в суді не розглядалася і наміру такого останній ніколи не виявляв; задовго до вказаних в обвинувальному акті подій ОСОБА_3 був обраний на посаду судді безстроково, а тому не був обтяжений процедурою обрання на посаду на момент вчинення інкримінованого йому діяння[1].

Мета ***перешкоджання законній професійній діяльності журналіста,*** яка розкривається у ст. 171, може означати, зокрема вчинені за відсутності для цього правових підстав: а) накладення арешту чи конфіскація, інше вилучення зібраних, опрацьованих, підготовлених журналістом матеріалів і технічних засобів, якими він користується у зв'язку із своєю професійною діяльністю; б) відмову у доступі журналіста до інформації; в) заборону висвітлення судового процесу чи інших окремих тем, показу окремих осіб, критики суб'єкта владних повноважень.

7.19. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 375 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Специфіка досудового розслідування злочинів, передбачених ст. 375, обумовлена двома групами чинників.

До першої групи входять норми ст. 126 Конституції, статті 48, 49, 52, 64 Закону «Про судоустрій і статус суддів», ч. 3 ст. 31, статті 58–61 Закону «Про Вищу раду правосуддя», статті 247, 481, 482 КПК, які визначають **спеціальні процедури** здійснення окремих процесуальних дій щодо суддів, зокрема:

1) суддю не можна без згоди ВРП затримати або утримувати під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку суду, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину якщо таке затримання є необхідним для попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину або забезпечення збереження доказів цього злочину; піддати приводу чи примусовій доставці до будь-якого органу чи установи, крім суду, за винятком випадків, коли відповідно до законодавства надана згода на затримання або утримування його під вартою чи арештом;

2) оперативно-розшукові заходи чи слідчі (розшукові), негласні слідчі (розшукові) дії стосовно судді можуть проводитися лише з дозволу суду, найбільш територіально наближеного до суду, в якому він обіймає чи обіймав посаду судді, іншої адміністративно-територіальної одиниці, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора або його заступника, керівника регіональної прокуратури або його заступника;

3) судді повідомляють про підозру у вчиненні кримінального правопорушення лише Генеральний прокурор або його заступник;

4) тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя здійснюється тільки ВРП на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника в порядку, встановленому

[1] ЄДРСР: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75099762

законом на строк не більше двох місяців у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності. Продовження цього строку відбувається в аналогічному порядку;

5) судді на початку його допиту має бути роз'яснені положення не тільки ст. 63 Конституції, а й ч. 3 ст. 48 Закону «Про судоустрій і статус суддів».

Залежно від характеру порушень цих процедур процесуальні дії можуть бути визнані незаконними, а одержані в результаті цього докази на підставі положень ст. 87 КПК – недопустимими.

Другу групу чинників формують **умови, у яких здійснюється доказування** наявності у діях судді ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 375:

1) хоча КПК не містить нормативних приписів, які б визначали особливий порядок початку кримінального провадження щодо судді, однак прокурор, слідчий у кожному випадку, коли вони приймають рішення щодо внесення відомостей до ЄРДР про вчинення злочину, передбаченого ст. 375, мають враховувати, що ця та всі подальші їх процесуальні та інші дії в рамках такого кримінального провадження можуть бути представлені суддею (суддями) як втручання у його (їх) діяльність, за що передбачена кримінальна відповідальність у ст. 376.

Одна ситуація – коли постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови вчиняється, наприклад, у взаємозв'язку з одержанням за це суддею (суддями) неправомірної вигоди, і ці протиправні дії належно задокументовані у кримінальному провадженні за ч. 3 ст. 368 (в розпорядженні сторони обвинувачення є технічні носії інформації, на яких зафіксовані розмови, поведінка судді, зміст яких об'єктивно вказує на наявність прямого умислу на вчинення ним дій, передбачених ст. 375). Зовсім інша – коли в розпорядженні сторони обвинувачення джерел доказів, окрім рішення суду, правосудність якого викликає запитання у прокурора, слідчого, немає. Такі ситуації з позицій гарантій незалежності суддів у суддівському середовищі викликають однозначну оцінку як втручання у діяльність судді[1]. За результатами перевірки повідомлень суддів про таке втручання у їхню діяльність з боку представників правоохоронних органів ВРП, як правило, звертається до ГП з поданням про притягнення до відповідальності осіб, якими вчинено дії, що порушують гарантії незалежності суддів[2].

Констатуючи наявність ознак втручання у діяльність судді, ВРП спирається на:

- аргументи, викладені у Постанові ПВСУ «Про незалежність судової влади» №8 від 13.06.2007 р. та рішенні КС у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про Вищу раду юстиції» №2-рп/2011 від 11.03.2011 р., де визначено, що оцінка вчинених суддею процесуальних дій до винесення ним остаточного рішення у справі є втручанням у здійснення правосуддя, що суперечить частинам 1, 2 ст. 126, ч. 1 ст. 129 Конституції, і що виключне право перевірки законності та обґрунтованості судових рішень має відповідний суд апеляційної або касаційної інстанції згідно з процесуальним законодавством;

- сумнівність фактичних підстав: внесення відомостей до ЄРДР, коли це відбувається за заявами осіб, які не були учасниками кримінального провадження, або за рапортом слідчого, прокурора, клопотання яких були не задоволені слідчим суддею, судом; не проведення у кримінальному провадженні протягом тривалого часу після внесення відомостей до ЄРДР слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій; дослідження під час проведення слідчих (розшукових) дій тільки способу життя судді, його родичів, обставин розгляду ним інших справ, а не обставин постановлення рішення, щодо якого здійснюється кримінального провадження.

З цим обґрунтуванням позиції ВРП важко не погодитися. За таких обставин є підстави для твердження про наявність у діях слідчого, прокурора ознак втручання у діяльність судді (суддів), які мають бути досліджені в рамках кримінального провадження за ст. 376.

---

[1] Реєстр повідомлень суддів про втручання в діяльність. Вища рада правосуддя. Офіційний сайт. – URL: http://www.vru.gov.ua/add_text/203; «Процедура притягнення судді до кримінальної відповідальності не може бути використана для здійснення тиску на суддю з метою прийняття ним «потрібного» судового рішення», – Н.Волковицька. Судова влада України. – URL: https://court.gov.ua/archive/611716/

[2] Див., наприклад: Рішення ВРП «Про внесення до Генеральної прокуратури України подання про виявлення та притягнення до встановленої законом відповідальності осіб, якими вчинено дії, що порушують гарантії незалежності суддів» №991/0/15-17 від 25.04.2017. – URL: http://www.vru.gov.ua/act/9523; Рішення Вищої ради правосуддя «Про вжиття заходів щодо забезпечення незалежності суддів за повідомленням суддів апеляційного суду Одеської області Гончарова О.О., Грідіної Н.В., Джулая О.Б., Котелевського Р.І., Копіци О.В., Кадегроб А.І., Мандрика В.О., Потаніна О.О., Прібилова В.М., Толкаченка О.О. про втручання в діяльність щодо здійснення правосуддя» №3157/0/15-18 від 31.10.2018. – URL: http://www.vru.gov.ua/act/16011

Слідчі, прокурори не мають зловживати наданою їм можливістю розпочинати кримінальні провадження відносно суддів без погодження з іншими органами державної влади. Кримінальні провадження не повинні розглядатися стороною обвинувачення як засіб впливу на рішення судді (суддів) у конкретній справі. Щоб у такому аспекті не було підстав тлумачити дії слідчого, прокурора **рекомендується:** а) не вносити з власної ініціативи відомості до ЄРДР про злочин, передбачений ст. 375, до постановлення суддею (суддями) заключного рішення у справі; б) оцінювати можливість довести наявність у діях судді (суддів) ознак злочину, передбаченого ст. 375, та дотримуватися гарантій незалежності судді, передбачених законодавством, під час кримінального провадження; в) не затягувати з проведенням необхідних процесуальних дій у кримінальному провадженні та концентруватися на встановленні обставин, які підлягають доказуванню;

2) доказування факту постановлення суддею (суддями) неправосудного судового акту у випадках, коли вчинення цього злочину не задокументовано під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, – процес тривалий. Цю обставину слід враховувати у зв'язку з нормативними приписами ст. 219 КПК. Стороні обвинувачення у кримінальному провадженні про такий злочин не можна ігнорувати передбачені у галузевому процесуальному законодавстві механізми апеляційного та касаційного провадження у судових справах, а також притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Це потребує досить тривалого часу.

Результати застосування зазначених механізмів: скасовані судові акти як незаконні чи необґрунтовані, звільнення судді з посади за істотний дисциплінарний проступок, допущений під час постановлення судового акту, – тільки посилюють позицію сторони обвинувачення щодо наявності підстав для притягнення судді до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 375.

Прокурору у випадках, коли у нього є підстави вважати, що був постановлений неправосудний судовий акт, залежно від ситуації рекомендується оскаржувати його у вищій судовій інстанції або звертатися зі скаргою до ВРП. Однак, не слід перебільшувати можливості цих механізмів у встановленні всіх обставин цього злочину.

Функціональне призначення апеляційного, касаційного провадження – забезпечити здійснення судового контролю за діяльністю слідчих суддів, суддів та її результатами. У судових актах апеляційна, касаційна інстанція, скасовуючи рішення суду нижчої інстанції, не дає однозначну відповідь на запитання, чи мало місце умисне постановлення судового акту, у якому виявлене неправильне застосування норм матеріального права, грубе порушення норм процесуального права або невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи, чи це був результат судової помилки.

Те саме має місце й у окремих рішеннях ВРП, коли констатується факт свавільного, тобто незаконного, несправедливого, без належного аналізу, оцінки зібраних доказів, з істотним порушенням норм процесуального права, постановлення судового акту, але причини та мета такий дій не вказуються[1].

Коли у сторони обвинувачення є такі рішення апеляційної, касаційної інстанції, ВРП, то це значно полегшує вирішення складного завдання зі з'ясування наявності у судді (суддів) умислу на постановлення неправосудного судового акту, мети, яку він цим переслідував, тому що конкретні факти грубих порушень законодавства з боку судді встановлені відповідним органом. Коли ж вчинення протиправних дій, передбачених ст. 375, задокументоване із застосуванням технічних засобів під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, то прокурору не слід відмовлятися від оскарження судового акту в апеляційній, касаційній інстанціях.

Постановлений суддею (суддями) неправосудний судовий акт підлягає скасуванню. У випадках, коли судовий акт не може бути оскаржений через пропущення строків на апеляційне, касаційне оскарження, шлях до його скасування – через ініціювання прокурором або іншим учасником судового розгляду на підставі результатів кримінального провадження перегляду цього судового акту за нововиявленими або виключними обставинами, які передбачені у процесуальному законі, за яким він був здійснений;

3) допит судді є однією із ключових слідчих (розшукових) дій, під час якої слідчий може одержати

---

[1] Див., наприклад: Рішення Вищої ради правосуддя «Про притягнення судді Бабушкінського районного суду міста Дніпропетровська Решетніка М.О. до дисциплінарної відповідальності» №2323/3дп/15-17 від 01.03.2017. – URL: http://www.vru.gov.ua/act/10847

відомості щодо юридичних та фактичних підстав формування його внутрішнього переконання під час оцінки одержаних ним доказів, дотримання вимог процесуального законодавства під час судового розгляду та постановлення судового акту у справі.

Аналіз практики розслідування злочинів, передбачених ст. 375, свідчить про наявність окремих випадків, коли суддю, щодо неправосудності постановленого яким судового акту здійснюється кримінальне провадження, допитують як свідка. Це є виправданим, коли справа йде до закриття, наприклад, за відсутністю у діях судді складу злочину, але є вкрай неоднозначним, коли наявна перспектива одержання достатніх доказів для притягнення судді до кримінальної відповідальності за ст. 375. Безумовно, допит судді є важливим компонентом алгоритму доказування у таких кримінальних провадженнях. Без допиту судді, незалежно від того, дав він показання чи відмовився від їх давання, досудове розслідування буде неповним. Однак, не як свідка у випадках, коли цьому судді в подальшому повідомляють про підозру. Відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК такі показання є недопустимими доказами. Результати такого допиту не можуть бути покладені в обґрунтування повідомлення про підозру цьому судді.

Позиція слідчих та прокурорів, що можна передопитати особу, яка була допитана як свідок, як підозрюваного щодо тих самих же обставин, які були предметом його попереднього допиту як свідка, є неоднозначною. Так, формально передопитати особу як підозрюваного у такій ситуації – означає сформувати нове джерело доказів. Однак, підозрюваний може просто не дати аналогічного змісту показання, які є важливими для подальшого доказування його вини, тим, які він дав під час його допиту як свідка;

4) матеріали провадження (судової справи) є важливим джерелом доказів у кримінальному провадженні за ст. 375. Прямих заборон на їх вилучення або копіювання у законодавстві немає. Як і немає нормативних приписів щодо моменту, коли це може бути здійснене. У п. 4 постанови ПВС «Про незалежність судової влади» визначено, що витребовування чи вилучення судових справ, розгляд яких не завершено, а також отримання матеріалів судових справ (копій документів, які містяться у справі, виписок з неї тощо) з порушенням встановленого законом порядку (неповноважним суб'єктом, без належного документального оформлення тощо) є порушенням принципу самостійності судів та незалежності суддів.

Конституційний Суд України у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону «Про Вищу раду юстиції» у п. 3.2. мотивувальної частини свого рішення зазначив, що витребування Вищою радою юстиції будь-яких матеріалів судової справи (оригіналів чи копій) має наслідком оцінку вчинених суддею процесуальних дій і така оцінка до винесення ним остаточного рішення у справі є втручанням у здійснення правосуддя, що суперечить частинам 1, 2 ст. 126, ч. 1 ст. 129 Конституції.

Така позиція КС стала підставою для визначення ним у п. 2 Рішення у цій справі такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 3 ст. 25 Закону «Про Вищу раду юстиції», нормативні приписи якої надавали повноваження члену Вищої ради юстиції ознайомлюватися з судовими справами, розгляд яких не закінчено. У Законі «Про Вищу раду правосуддя» врахована ця позиція КС. Так, у ч. 6 ст. 31 цього Закону встановлено, що матеріали судової справи (їх копії), пояснення від суддів чи прокурорів щодо судових справ можуть бути надані на вимогу ВРП, її органу або члена ВРП тільки щодо тих справ, розгляд яких закінчено. Член ВРП не може витребувати матеріали судових справ, розгляд яких не закінчено, крім витребування копій матеріалів судової справи у випадку подання дисциплінарної скарги з підстав, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 106 Закону «Про судоустрій і статус суддів». Вважаємо, що слідчому, прокурору у своїй діяльності у кримінальному провадженні за ст. 375 необхідно керуватися наведеними нормами. Недоцільно здійснювати тимчасовий доступ до речей і документів і вилучати матеріали судової справи. Під час досудового розслідування цих злочинів достатнім є вилучення копій необхідних документів судової справи. За необхідності під час судового розгляду суд може витребувати та оглянути оригінали цих документів;

5) слідчий, прокурор для доказування факту постановлення неправосудного судового акту повинні знати положення нормативно-правових актів у сфері судоустрою, галузеве матеріальне та процесуальне законодавство, рішення ЄСПЛ, положення яких були застосовані під час судового розгляду, та практику їх застосування вітчизняними судовими інстанціями, зокрема, правові позиції КС та ВС. Дослідження обставин постановлення судового акту передбачає ретельне вивчення

матеріалів судової справи. Вони виступають як основа для критичного аналізу дій судді, дозволяють зіставити фактичні та юридичні підстави для постановлення ним судового акту. Особливе значення для цього мають журнал судового засідання і технічний носій інформації, на якому зафіксовано судове провадження. Такі судові справи можуть бути багатотомними, тому для їх ретельного вивчення, якісного планування розслідування та проведення окремих процесуальних дій рекомендується складати конспект вивчення її матеріалів.

Обставинами, які підлягають встановленню під час досудового розслідування кримінальних проваджень за ст. 375, є:

- підстави та час набуття особою статусу судді (слідчого судді) відповідного суду, його права та обов'язки;
- підстави та час набуття особою статусу судді (слідчого судді, члена колегії суддів) у конкретному провадженні, реквізити судової справи, її обставини та учасники;
- час постановлення судового акту суддею (слідчим суддею, суддями), його найменування, інші реквізити та зміст;
- характер протиправних дій, які були вчинені суддею (слідчим суддею, суддями) при постановлені судового акту, тобто, які грубі порушення норм процесуального закону мали місце з боку судді (слідчого судді, суддів) та/або неправильне застосування норм матеріального права, чи мала місце невідповідність висновків судді (слідчого судді, суддів) фактичним обставинам справи та як вони вплинули на зміст судового акту;
- умови, які виступили спонукою виникнення та формування прямого умислу судді (слідчого судді, суддів) на постановлення неправосудного судового акту, мета таких дій;
- чи набув законної сили судовий акт, якщо так, то обставини його виконання та наслідки цього, чи носять вони характер тяжких для особи щодо прав, свобод та інтересів якої він був постановлений, ступінь тяжкості шкоди здоров'ю, розмір матеріальних збитків, моральна шкода;
- чи було оскарження судового акту учасниками провадження, коли це сталося, результати судового розгляду в суді апеляційної/касаційної інстанції, зміст судового акту, який був постановлений вищою судовою інстанцією, обставини та результати його виконання, зокрема, чи було припинене порушення прав, свобод особи;
- чи було звернення особи (осіб) до ВРП зі скаргою на дії, рішення судді (суддів) та результати розгляду такої скарги цим органом.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину, передбаченого ст. 375 КК, стало відомо в результаті одержання заяви/повідомлення від особи про його вчинення.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР для встановлення обставин події злочину здійснюються:

- допит заявника/представника юридичної особи, під час якого підлягають з'ясуванню його статус у судовій справі, по якій був постановлений судовий акт, обставини, які дають підстави цій особі вважати, що він є неправосудним, що права, свободи, законні інтереси цієї особи були порушені, спричинена шкода, а також, за їх наявності, обставини оскарження заявником цього судового акту та його результати;
- тимчасовий доступ до документів, які є у особи, яка звернулася до правоохоронного органу із заявою/повідомленням про вчинений злочин, у яких містяться відомості про його обставини (копії судового акту, клопотань, які були заявлені під час судового розгляду, документів, які представлялися до суду в обґрунтування процесуально-правової позиції особи у судовому розгляді, скарг до вищої судової інстанції, ВРП, рішень цих органів, документів виконавчого провадження, тощо);
- тимчасовий доступ до документів судової справи, у яких містяться відомості, які мають значення для кримінального провадження, для одержання їх копій;
- допит учасників судового розгляду, інших осіб (співробітників апарату суду, інших суддів, співробітників підприємств, установ, організацій, органів державної влади, місцевого самоврядування, окремих громадян) як свідків, яким відомі обставини умисного постановлення суддею (слідчим суддею, суддями) судового акту, неправосудність якого досліджується у кримінальному провадженні;
- тимчасовий доступ до документів суддівського досьє для одержання копій документів про набуття особою статусу судді та призначення суддею у конкретному суді (Постанови ВР про обрання

особи на посаду судді відповідного суду/Указу Президента про призначення особи на посаду судді, присяги судді);

- тимчасовий доступ до документів підприємств, установ, організацій, органів державної влади, місцевого самоврядування, окремих громадян, які містять відомості про зацікавленість судді у результатах судового розгляду (наприклад, що він, його родичі є бенефіціарами юридичної особи, на користь якої був постановлений судовий акт, про наявність іншої особистої зацікавленості у результатах судового розгляду, що є підставою для самовідводу судді, тощо);

- тимчасовий доступ до даних мобільних операторів для одержання відомостей про контактування судді, його помічника, інших пов'язаних з ними осіб з особою (особами), на користь яких був постановлений неправосудний судовий акт;

- тимчасовий доступ до документів підприємств, установ, організацій, органів державної влади, місцевого самоврядування, окремих громадян, які містять інші відомості, ніж ті, що є у аналогічних документах судової справи, дослідження яких було проігноровано судом не дивлячись на їх значення для з'ясування обставин справи (наприклад, статутних документів юридичної особи, цивільно-правові, трудові угоди, паспорт позивача, свідків у справі, висновків експертиз, тощо);

- призначення техніко-криміналістичної, почеркознавчої експертизи документів судової справи, щодо яких є підстави вважати, що вони є підробленими (наприклад, позовної заяви, документів щодо повідомлення відповідача, його представника про дату, час та місце судового розгляду справи, тощо);

- тимчасовий доступ до документів, які містять відомості про неможливість учаснику (учасникам) судового розгляду бути присутніми під час судового засідання, хоча здійснення процесуальних дій в суді за його (їхньої) участі зазначено у журналі судового засідання та ці процесуальні дії зафіксовані на технічному носії інформації про це судове засідання (наприклад, про перебування особи у іншому місці у зв'язку із відрядженням, лікуванням, відпочинком);

- обшук житла чи іншого володіння судді за наявності підстав вважати, що суддя одержав за постановлення неправосудного судового акту неправомірну вигоду. Результати цієї слідчої (розшукової) дії можуть стати підставою для початку кримінального провадження щодо судді за ст. 366-1[1];

- тимчасовий доступ до документів, які містять відомості про матеріальну шкоду, шкоду здоров'ю, спричинену в результаті виконання неправосудного судового акту;

- призначення судово-медичної експертизи для встановлення шкоди здоров'ю, спричиненої виконанням неправосудного судового акту;

- повідомлення про підозру судді, його допит, обрання запобіжного заходу;

- звернення до ВРП із клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя;

- одночасний допит раніше допитаних потерпілого, свідків та підозрюваного при наявності протиріч у їх показаннях;

- повідомлення зміненої підозри, обрання запобіжного заходу, допит підозрюваного з урахування всіх зібраних доказів.

2. Відомості про злочин, передбачений ст. 375 КК, встановлені в результаті розслідування іншого злочину.

У цієї слідчої ситуації може бути два різновиди.

Сутність першого полягає у тому, що ознаки вчинення злочину, передбаченого ст. 375, слідчий виявляє під час розслідування злочину (наприклад, передбаченого статтями 190, 191, 206-2, 364, 366), який був вчинений за версією слідства завдяки постановленню суддею неправосудного судового акту. Перевірка такої версії може відбуватися шляхом проведення процесуальних дій, наведених для першої слідчої ситуації, з паралельним зверненням зі скаргою на суддю (слідчого суддю, суддів) до ВРП. Таке виділення в окреме провадження матеріалів щодо вчинення злочину, передбаченого ст. 375, та звернення до ВРП рекомендується здійснювати тільки після одержання доказів щодо цього факту.

Другий різновид – характеризується можливістю задокументувати шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій поряд із фактом злочину, у зв'язку із наявністю даних про готування якого було розпочато кримінальне провадження, і факт постановлення неправосудного судового акту, який прямо пов'язаний із вчиненням цього злочину. Приклад тактичної операції, проведенням якої

---

[1] Див. методичні рекомендації з їх розслідування, наведені у цій книзі.

можуть бути задокументовані такі факти, див. методичні рекомендації з розслідування злочинів, передбачених ст. 368.

Особливість подальших дій слідчого після завершення такої тактичної операції полягає у тому, що після внесення до ЄРДР відомостей про злочин, передбачений у ст. 375, слідчий має одержати у слідчого судді в порядку, передбаченому ст. 247, 248, 257 КПК, дозвіл на використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у цьому кримінальному провадженні.

Після цього кримінальні провадження за ст. 368 та ст. 375 об'єднуються на підставі ст. 217 КПК. Якщо так не буде зроблено, то докази постановлення неправосудного судового акту, які містяться у протоколах негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них будуть визнані судом недопустимими на підставі положень п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК. Тимчасовим доступом до речей і документів одержуються копії матеріалів судової справи, у якій був постановлений неправосудний судовий акт, а також документів про набуття особою статусу судді.

На підставі сукупності одержаних доказів судді повідомляється про підозру у скоєнні злочину, передбаченому у ст. 375, обирається запобіжний захід, він допитується як підозрюваний та ініціюється вирішення питання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя.

7.20. Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду (ст. 376-1 КК) *(В. Навроцький)*

Розвиток кримінально-правової регламентації відповідальності за незаконне втручання в роботу автоматизованих систем в органах та установах системи правосуддя.

Статтею 376-1 «Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду» КК доповнено Законом від 05.06.2009 р., а законом від 03.10.2017 р. до статті внесені зміни, відповідно до яких: а) стаття отримала назву «Незаконне втручання в роботу автоматизованих систем в органах та установах системи правосуддя»; б) у новій редакції викладена диспозиція ч. 1 цієї статті, зокрема, предмет злочину названо «Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система, інша автоматизована система, що функціонує в суді, Вищій раді правосуддя, Вищій кваліфікаційній комісії суддів, Державній судовій адміністрації, їх органах».

Закон, який запровадив нову редакцію статті, формально набрав чинності 29.11.2017 р. Проте Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система (далі – ЄСІТС) фактично запроваджується в Україні **поетапно.** Тому і кримінальна відповідальність за незаконне втручання в роботу ЄСІТС може наставати лише при здійсненні посягання у тих судах та органах управління судовою системою, де вона впроваджена в повному обсязі. До того часу кримінально-правовою охороною охоплюються лише інші автоматизовані системи (далі – АС), які діють в судах, та до яких відносяться, зокрема автоматизовані системи документообігу суду, діють від 01.01.2011 р. та розширеною версією яких і виступає ЄСІТС.

Злочин, передбачений ст. 376-1 КК, в системі Особливої частини КК.

Стаття 376-1, яка передбачає відповідальність за незаконне втручання в роботу ЄСІТС та інших АС, передбачає склад злочину, що має спільні ознаки зі складами злочинів, встановленими низкою інших статей Особливої частини.

Таблиця 25. **Діяння, які охоплюються ст. 376-1 і статтями КК, що передбачають суміжні чи конкуруючі склади злочинів.**

Діяння, які охоплюються ст. 376-1 КК	Діяння, які охоплюються статтями КК, що передбачають суміжні чи конкуруючі склади злочинів
Внесення неправдивих відомостей до ЄСІТС та інших АС.	Несанкціоноване втручання в роботу автоматизованих систем – ст. 361. Внесення до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей – ст. 366.
Несвоєчасне внесення відомостей до ЄСІТС та інших АС.	Несанкціоноване втручання в роботу автоматизованих систем – ст. 361. Зловживання службовим становищем – ст. 364.

Несанкціоновані дії з інформацією, яка міститься в ЄСІТС та інших АС.	Несанкціонована зміна, знищення або блокування інформації, яка обробляється в автоматизованих системах – ст. 362.
Інше втручання в роботу ЄСІТС та інших АС.	Розповсюдження шкідливих програмних чи технічних засобів, призначених для несанкціонованого втручання в роботу автоматизованих систем – ст. 361-1. Масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку, здійснене без попередньої згоди адресатів – ст. 363-1. Зловживання службовим становищем – ст. 364.

Порівняння диспозицій вказаних у таблиці статей КК дає підставу вважати, що ст. 376-1 передбачає **казуїстичну норму**, створену для вузького кола спеціально передбачених у ній випадків незаконного втручання в роботу ЄСІТС та інших АС. Переважна більшість таких випадків охоплюється іншими статтями Особливої частини КК – за винятком деяких видів втручань в роботу АСДС та інших АС, вчинених особою, яка не є службовою. Казуїстична норма, передбачена ст. 376-1:

- має пріоритет у застосуванні перед нормами, передбаченими іншими, більш абстрактними, ширшими за обсягом статтями КК;

- виключає застосування одночасно інших статей Особливої частини, які охоплюють втручання в роботу ЄСІТС та інших АС (оскільки це означатиме порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування).

Види складів злочинів, передбачених ст. 376-1 КК.

Ст. 376-1 складається з двох частин. У ч. 1 – передбачено прості (основні) склади злочину, в ч. 2 – кваліфікований.

Частина 1 ст. 376-1 містить один простий склад злочину, проте з кількома альтернативними ознаками окремих видів: а) чотири види предметів; б) чотири види діяння (перелічені у лівій колонці наведеної вище таблиці); в) два суб'єкти, один з яких спеціальний, а інший – загальний. Крім того, для посягання, яке вчинюється загальним суб'єктом, характерною є наявність специфічного способу (несанкціонований доступ до ЄСІТС та інших АС). Ці альтернативні ознаки можуть між собою комбінуватися у певних варіантах. Це є підставою для висновку, що ч. 1 ст. 376-1 передбачає принаймні сім простих складів злочинів, які полягають у незаконному втручанні в роботу ЄСІТС та інших АС.

Обов'язкові ознаки простих складів злочинів, передбаченого ст. 376-1 КК.

Такі ознаки, як і щодо складів будь-яких злочинів, складаються з ознак: а) прямо вказаних у диспозиції відповідної статті Особливої частини КК (конститутивних, тобто тих, які утворюють законодавче поняття цього злочину); б) наявність та обов'язковість яких випливає з конститутивних ознак; в) таких, обов'язковість яких випливає з положень Загальної частини КК.

Конститутивними ознаками складу аналізованого злочину є:

1) предмет. Ним виступають: а) неправдиві відомості, які вносяться до ЄСІТС та інших АС; б) відомості, які підлягають своєчасному внесенню до ЄСІТС та інших АС; в) інформація, що міститься в ЄСІТС та інших АС; г) ЄСІТС та інші АС в цілому. Щодо окремих видів названого предмета можуть виконуватися різні види діянь;

2) діяння;

3) спосіб вчинення злочину. Якщо злочин вчинюється загальним суб'єктом, то його посягання характеризується ще такою обов'язковою ознакою, як спосіб – несанкціонований доступ до ЄСІТС та інших АС;

4) суб'єкт. Стаття 376-1 передбачає два види суб'єктів злочину. Один з них спеціальний – службова особа, яка має право доступу до ЄСІТС та інших АС, інший – загальний. Причому, зіставлення ознак складів злочинів, вказаних у ч. 1 ст. 376-1, показує, що загальний суб'єкт («інша особа») не може вчинити діяння, яке полягає у несвоєчасному внесенні відомостей до ЄСІТС та інших АС, оскільки на нього не покладений відповідний обов'язок;

5) вина у формі умислу. Така форма умислу притаманна усім посяганням, як охоплюються цією статтею КК.

Ознаками, обов'язковість яких випливає з конститутивних ознак, є:

6) час вчинення злочину (якщо він посягає у несвоєчасному внесенні інформації до ЄСІТС та інших АС);

7) спосіб посягання, вчинюваного спеціальним суб'єктом. Такий суб'єкт вчинює свої діяння шляхом використання права доступу до ЄСІТС та інших АС. Тобто, відповідне посилання в законі на діяння та ознаку спеціального суб'єкта злочину водночас характеризує і час вчинення злочину та спосіб вчинення відповідним суб'єктом незаконного втручання в роботу ЄСІТС та інших АС.

Обов'язковими ознаками аналізованих складів злочинів, які випливають з положень Загальної частини, є:

8) об'єкт;

9) загальні ознаки суб'єкта, яким є особа фізична, яка досягла 16-річного віку (відповідно до ст. 22 КК), особа осудна.

Як вже відзначалося, можливі поєднання вказаних ознак утворюють принаймні сім комбінацій – **сім простих складів злочинів.** Кожен з них можна виокремити за рахунок обов'язкових конститутивних, та таких, що випливають з конститутивних, ознак:

1. Умисне внесення неправдивих відомостей до АСДС, вчинене службовою особою, яка має право доступу до ЄСІТС та інших АС шляхом використання такого права доступу.

2. Умисне несвоєчасне внесення відомостей до ЄСІТС та інших АС, вчинене службовою особою, яка має право доступу до таких систем шляхом використання цього права доступу.

3. Умисні несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в ЄСІТС та інших АС, вчинене службовою особою, яка має право доступу до таких систем шляхом використання такого права доступу.

4. Інше втручання в роботу ЄСІТС та інших АС, вчинене службовою особою, яка має право доступу до таких систем шляхом використання цього права доступу.

5. Умисне внесення неправдивих відомостей до ЄСІТС та інших АС, вчинене іншою особою, шляхом несанкціонованого доступу до таких систем.

6. Умисні несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в ЄСІТС та інших АС, вчинені іншою особою, шляхом несанкціонованого доступу до таких систем.

7. Інше втручання в роботу ЄСІТС та інших АС, вчинене іншою особою, шляхом несанкціонованого доступу до таких систем.

Оскільки ознаки цих складів злочинів повністю або часткового збігаються, то доцільно їх аналізувати узагальнено, а не окремо щодо кожного із вказаних складів злочинів.

Об'єкт незаконного втручання в роботу АС в органах та установах системи правосуддя.

Об'єктом складів злочинів, передбачених ст. 376-1, є суспільні відносини в сфері використання електронного документообігу при здійснення правосуддя та в органах і установах системи правосуддя. Для з'ясування характеру та видів вказаних суспільних відносин слід звернутися до **спеціальних нормативних актів**.

Електронний документообіг у судах та органах системи правосуддя (ВККС та ВРП) здійснюється відповідно до Положення про автоматизовану систему документообігу суду, яке затверджене Рішенням Ради суддів України 26.11.2010 р. №30 (діє у редакції рішення Ради суддів України від 02.03.2018 р. №17. Далі – Положення).

Вже згадуваним Законом від 03.10.2017 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким запроваджено ЄСІТС, у новій редакції викладено низку статей інших законів, які регламентують функціонування цієї системи. Це, зокрема, ст. 35 КПК, ст. 14 ЦПК, ст. 6 ГПК, ст. 18 КАС, ст. 15-1 Закону «Про судоустрій та статус суддів». Ці статті також дають змогу зрозуміти сутність аналізованого посягання, зокрема те, що відповідні суспільні відносини:

- складаються з приводу інформації, яка існує у цифровій формі або яка підлягає введенню у такій формі та яка обробляється у ЄСІТС та інших АС;

- їх змістом є забезпечення достовірності вказаної інформації та правильної роботи ЄСІТС та інших АС;

- сферою існування таких суспільних відносин є суди всіх юрисдикцій (цивільної, господарської, адміністративної, кримінальної) та інстанцій (першої, апеляційної та касаційної), видів (загальні та

спеціалізовані), а також органи та установи системи правосуддя, що відносяться до ВРП, ВККС, ДСА;

- учасниками таких відносин є як службові особи, які мають право доступу до ЄСІТС та інших АС, так і сторонні особи.

До названих нормативно-правових актів при застосуванні ст. 376-1 необхідно звертатися ще й огляду на те, що вона має бланкетну диспозицію – у її назві йдеться про *незаконність* втручання, при описанні окремих злочинних діянь вказується, що вони вчинюються щодо неправдивих відомостей, є несвоєчасними, вчиненими у умовах доступу або ж несанкціонованими. Очевидно, що ці ознаки можуть бути розкриті лише шляхом посилання на відповідні нормативні положення.

Предмет складів злочинів, передбачених ст. 376-1 КК.

Для розкриття поняття кожного з таких предметів варто звернутися до вказаних вище нормативно-правових актів та взяти до уваги, як аналогічні поняття тлумачаться щодо інших статей КК, зокрема статей про «комп'ютерні» злочини (розділ XVI Особливої частини КК).

ЄСІТС та інші АС. Вказане Положення не містить визначення вказаних предметів, проте визначає, що таке автоматизована система документообігу суду. Відповідно до п. 1 ст. 1 розділу II Положення, – це сукупність комп'ютерних програм і відповідних програмно-апаратних комплексів, що входять до складу Єдиної судової інформаційної системи та забезпечують виконання завдань, визначених цим Положенням, у т.ч. таких як: функціонування документообігу суду та органів системи правосуддя; обмін інформацією між ними та з іншими органами державної влади; обмін з єдиною централізованою базою даних судової влади; оприлюднення інформації за допомогою офіційного веб-порталу судової влади України; захист інформації від несанкціонованого доступу тощо.

Таким чином, ЄСІТС та інші АС мають дві складові:

1) технічну (або апаратну, на сленгу – hard, або «залізо») – пристрої збирання, обробки та видачі інформації, до яких відносяться комп'ютери, периферійні пристрої, засоби передачі сигналу тощо. Положення чи інші нормативні акти не містять вимог до комп'ютерів чи іншого обладнання, яке входить до складу ЄСІТС та інших АС – ні за тим, кому вони належать (державі чи є приватною власністю окремих осіб), ні де розташовані (в судах, інших органах і установах чи будь-де інде), ні за технічними характеристиками чи ступенем захищеності від можливого стороннього доступу. Отже, такі ознаки не впливають на можливість віднесення обладнання до судових автоматизованих систем. Тим більше, що для вирішення завдань АС зараз все більш поширеним є використання обладнання (насамперед, серверів), розташованого поза фізичними межами користувача та яке належить стороннім особам;

2) програмну (на сленгу – soft, часто – «мізки») – спеціальне програмне забезпечення, яке обробляє та інтерпретує, а також переадресовує дані, зібрані апаратною частиною чи введені до неї. Що ж до цього елемента судових АС, то вимоги кардинально інші. Відповідно до ст. 1 розділу IV Положення, у судах загальної юрисдикції використовуються тільки комп'ютерні програми для організації автоматизованого розподілу, документообігу, кадрового, бухгалтерського, фінансового та статистичного обліку, технічної фіксації ходу і результатів процесуальних дій, проведення відеоконференцій та відеотрансляцій, а також веб-сайти, виключні майнові права інтелектуальної власності на які у повному обсязі належать державі в особі ДСА.

ЄСІТС та інші АС, які виступають предметом злочину, характеризуються спеціальним цільовим призначенням – мають забезпечувати досягнення цілей, сформульованих розділом III Положення. Серед найважливіших з них на сьогодні є об'єктивний та неупереджений розподіл судових справ між суддями та визначення присяжних, формування оригіналів електронних судових рішень та їх викладення у ЄДРСР, надання інформації про стан розгляду судових справ, розміщення оголошень про виклик в суд.

Інформація, що міститься в ЄСІТС та інших АС. Відповідно до ст. 1 Закону «Про інформацію», інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Закон «Про телекомунікації» у ст. 1 визначає інформацію як відомості, подані у вигляді сигналів, знаків, звуків, рухомих або нерухомих зображень чи в інший спосіб. Під відомостями ж зазвичай розуміють певні факти, дані про кого-небудь, про що-небудь.

Оскільки аналізованим предметом є не будь-яка інформація, а саме така, яка міститься в ЄСІТС та інших АС, то вона має характеризуватися низкою ознак:

- формою – бути цифровою (електронною чи як її ще називають – комп'ютерною), тобто такою, яка може зберігатися, оброблятися в комп'ютерах та їх мережах. Така інформація шифрується за допомогою так званих «двійкових кодів» або в інший спосіб і недоступна безпосередньому сприйняттю людиною. Проте, периферійні пристрої – монітори, принтери здатні перетворювати таку інформацію у форму тексту, зображень, які можуть сприйматися та відтворюватися користувачем;

- місцем перебування – зафіксована у пристроях (комп'ютерах), що відносяться до ЄСІТС чи інших судових АС або ж перебуває на носіях інформації (диски, флеш-пам'ять, інші накопичувачі інформації), які використовуються з програмно апаратними комплексами таких АС;

- змістом – відображає дані, які служать реалізації завдань та цілей відповідних АС. Тобто є інформацією про судочинство чи управління судовою діяльністю. Ця інформація створена та введена до ЄСІТС чи інших АС на законних підставах та у встановленому порядку;

- часом створення (наявністю) – інформація на момент вчинення відповідного діяння вже повинна бути створена та перебувати у відповідній АС, бути вже введеною до неї.

Неправдиві відомості, які вносяться до ЄСІТС та інших АС. Цим відомостям мають бути притаманні такі ознаки:

- вони є неправдивими, тобто не відповідають дійсності, неправильно, спотворено її відтворюють. Причому обсяг неправдивих відомостей, ступінь неправдивості (повністю неправдиві чи неправдиві в окремих деталях) кримінально-правового значення не має. Проте, «дрібна» неправдивість відомостей, яка не впливає на вирішення завдань, які стоять перед ЄСІТС та іншими АС, може послужити підставою для визнання посягання відповідно до ч. 2 ст. 11 малозначним;

- відомості до вчинення посягання не перебували в ЄСІТС чи інших АС, вони лише вводяться до таких систем.

Неправдиві відомості, які є предметом такого виду, повинні також характеризуватися частиною ознак інформації, що міститься у відповідних системах, а саме:

- вноситися у цифровій формі;

- вноситися у пристрої, що відносяться до ЄСІТС чи інших АС;

- відноситися до інформації, для обробка та зберігання якої і існує ЄСІТС.

Це, наприклад, можуть бути відомості про перебуванні суддів у відрядженні чи у відпустці, про стан розгляду справи тощо, які не відповідають дійсності.

Відомості, які підлягають своєчасному внесенню до ЄСІТС та інших АС. Такий предмет складають відомості, щодо яких встановлені строки їх внесення до відповідних систем. Зокрема, у розділі XIII Положення вказані дати набрання законної сили судових рішень судів різної юрисдикції (які визначені відповідно до положень процесуальних кодексів). Отже, таким предметом аналізованих злочинів будуть відомості, які характеризуються такими ознаками:

- існують у цифровій формі чи можуть бути внесені у такій формі;

- підлягають внесенню до ЄСІТС чи іншої АС;

- щодо них в законі чи іншому нормативно-правовому акті встановлений строк внесення до ЄСІТС чи іншої АС.

Діяння як ознаки складів злочинів, передбачених ст. 376-1 КК.

Як уже вказувалося, КК передбачає такі діяння шляхом відкритого переліку – прямо зазначає три вили діяння та не обмежується ними, а передбачає, що може бути вчинене і інше (тобто, іншими діяннями) втручання в роботу ЄСІТС та інших АС.

Внесення неправдивих відомостей до ЄСІТС та інших АС полягає у введенні відповідної інформації до програмно-апаратних комплексів, які входять до ЄСІТС. Це може мати місце будь-якими доступними способами, зокрема:

- шляхом роботи за клавіатурою комп'ютера чи з використанням носіїв, на яких записана інформація безпосередньо в суді або органі чи установі системи правосуддя;

- віддаленого доступу через інші комп'ютери з використанням телекомунікаційних провідних чи безпровідних мереж;

- через введення в оману працівника, уповноваженого на внесення відомостей до ЄСІСТ чи інших АС – надання йому для внесення неправдивих відомостей;

- надання згоди на внесення інформації (давання вказівок підлеглим усно, накладення резолюцій, письмові розпорядження) при усвідомленні її неправдивості.

Злочин, який виконується такими діянням, є закінченим з моменту, відколи інформація внесена до вказаних систем. Подальше коригування інформації (зміна інформації, яка вже введена до системи, її виправлення, приведення до стану «правдивості») має оцінюватися як дієве каяття.

Несвоєчасне внесення відомостей до ЄСІТС та інших АС – це внесення (одним із способів, вказаних вище) правдивих відомостей:

- до визначеного строку;
- після граничного спливу, встановленого для введення інформації до відповідних АС.

З урахуванням тривалості часу та того, чи несвоєчасне внесення відомостей потягло/не потягло зміни іншої інформації, негативних наслідків для учасників правосуддя, може стояти питання про малозначність посягання, яке виконується таким діянням.

Несанкціоновані дії з інформацією, яка міститься в ЄСІТС та інших АС. Це діяння характеризується двома ознаками: 1) яка стосується змісту вчинюваних дій – вони полягають в операціях щодо інформації (зміна, знищення, пересилання, надання доступу до такої інформації неуправомоченим особам тощо); 2) яка характеризує форму дії як несанкціонованої, вчиненої неправомірно і без належного дозволу. Належним (санкціонованим) дозволом є дозвіл особи, яка сама має право надавати доступ до відповідних АС та наявної у них інформації, дозволяти вчинення тих чи інших дій з інформацією: приймати на посади, зайняття яких передбачає доступ до АС та інформації; давати спеціальне повноваження вчиняти дії з інформацією; дозволяти введення інформації в АС чи інші операції з певними відомостями.

Інше втручання в роботу ЄСІТС та інших АС – будь-які дії чи бездіяльність, що ведуть до порушення нормальної діяльності відповідних АС:

- блокування її роботи, в т.ч. шляхом відключення енергоживлення;
- механічне знищення комп'ютерів чи інших елементів;
- масове надсилання повідомлень, що веде до блокування діяльності програми (зависання)
- створення шкідливих вірусів чи незастосування антивірусних програм тощо.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 376-1 КК.

Диспозиції ч. 1 ст. 376-1 містить вказівку на два види суб'єктів:

1) службова особа, яка має право доступу до АС. Така особа виступає суб'єктом складів злочинів, вказаних вище за №№1–4;

2) інша особа. Вона може бути суб'єктом складів злочинів за №№5–7.

Суб'єкт першого виду (службова особа) характеризується: а) загальними ознаками суб'єкта – є фізичною особою, досягнення 16-річного віку (згідно ст. 22), осудна; б) наявністю статусу службової особи. Виходячи зі змісту функцій по участі в забезпеченні роботи ЄСІТС чи інших АС, це особа, яка наділена організаційно-розпорядчими повноваженнями у зв'язку з зайняттям певної посади в суді чи органах та установах системи правосуддя; в) правом доступу до системи. Для визначення того, чи наділена особа таким правом та, відповідно, чи має вона статус службової особи в аспекті ст. 176-1, доцільно звернутися по Положення (Розділ V, VIII, IX).

Аналіз же практики показує, що відповідними службовими особами визнаються адміністратори системи ЄСІТС, керівники апарату (секретаріату) судів та установ системи правосуддя. Такими особами, поза сумніву, виступають також голови судів, керівники установ системи правосуддя.

Суб'єкт другого виду, окремім загальних ознак суб'єкта злочину, характеризується негативною ознакою – ця особа не має права доступу до системи. До таких осіб відносяться:

- сторонні особи, які не є працівниками суду, органів та установ системи правосуддя;
- працівники (у т.ч. службові особи), яким не надано право доступу до ЄСІТС чи інших АС;
- ті, хто втратив право доступу у зв'язку з закінченням терміну, переведенням на іншу посаду, звільненням чи з інших причин.

Несанкціонований доступ до ЄСІТС та інших АС як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 376-1 КК.

Таким способом вчинюються лише злочини, склади яких вказані вище під №№5–7 та суб'єктом яких є інша особа. Саме відсутність права доступу до АС обумовлює використання такого способу. Несанкціонований доступ до ЄСІТС та інших АС особою, яка не наділена правом доступу до них, може полягати у доступі до відповідних систем шляхом, зокрема:

- використання логінів, паролів, які належать службовим особам, що мають право такого доступу (через використання їх неуважності при зберіганні таких даних, довірливості, примушування до розголошення паролів чи кодів, отриманні їх шляхом підкупу тощо);

- підбору логінів, паролів, «обхід» засобів обмеження доступу з використанням спеціальних програм;

- входження до ЄСІТС чи інших систем під час сеансів користувачів, які увійшли до системи на законних підставах, але залишили комп'ютер без нагляду.

Такий доступ може бути здійснений як через комп'ютери, які входять до апаратно-програмного комплексу ЄСІТС чи інших АС (у приміщеннях судів чи установ системи правосуддя), так і шляхом віддаленого доступу через «сторонні» комп'ютери та засоби зв'язку.

Умисел при вчинення злочину, передбаченого ст. 376-1 КК.

Наявність умислу передбачає знання та розуміння особою вказаних вище об'єктивних ознак вчинюваного злочину (насамперед, що посягання вчинюється щодо ЄСІТС чи іншої АС, що дії заборонені та шкідливі для суспільства). Особа вже на момент діяння також передбачає його наслідки (оскільки вони в законі не вказані, а склад злочину формальний, то це наслідки як шкода правосуддю загалом та конкретно – суспільні відносини в сфері використання електронного документообігу при здійснення правосуддя та в органах і установах системи правосуддя). Вказаної школи винний, зазвичай, не бажає, але свідомо допускає, тобто типово умисел є непрямим.

Кваліфікуюча ознака аналізованого злочину.

Така ознака одна – вчинення цього посягання за попередньою змовою групою осіб. Тлумачиться ця ознак так же, як і щодо інших складів злочинів.

7.21. Методика розслідування злочинів, передбачених ст. 376-1 КК *(Р. Шехавцов)*

Загальні положення.

Наразі у ст. 376-1 кримінальна відповідальність передбачена за незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду. Відповідно до п. 1 Розділу ІІ Положення «Про автоматизовану систему документообігу суду», затвердженого Рішенням Ради суддів України №30 від 26.11.2010 р., ***автоматизована система документообігу суду*** (далі – ***АСДС***) – це сукупність комп'ютерних програм і відповідних програмно-апаратних комплексів, що входять до складу Єдиної судової інформаційної системи та забезпечують виконання завдань, визначених цим Положенням, у т.ч. таких як: функціонування документообігу суду та органів системи правосуддя; обмін інформацією між ними та з іншими органами державної влади; обмін з єдиною централізованою базою даних судової влади; оприлюднення інформації за допомогою офіційного веб-порталу судової влади України; захист інформації від несанкціонованого доступу, тощо.

Однак, відповідно до вимог п. 5 Розділу 5 Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу про адміністративне судочинство України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 р., здійснюється розробка та поступове запровадження у діяльності органів судової влади програмних модулів Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (далі – ***ЄСІТС***), яка має замінити собою існуючу автоматизовану систему документообігу суду. Маючи на увазі такий перехідний період, тривалість якого на сьогодні складно визначити, розглянемо особливості розслідування злочинів, передбачених ст. 376-1 щодо незаконного втручання як у АСДС, так і в ЄСІТС з урахуванням наявних відомостей про особливості функціонування останньої, викладених, зокрема, у Концепції побудови Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, затвердженої наказом ДСА №168 від 13.04.2018 р.

Слідчим, прокурорам для виявлення та доказування ознак вчинення злочину, передбаченого ст. 376-1, необхідно ознайомитися з нормативно-правовими актами, які регламентують функціонування АСДС/ЄСІТС, роз'ясненнями адміністратора з питань функціонування автоматизованої системи, її окремих програмних модулів, які є обов'язковими до виконання, а також з особливостями функціонування окремих компонентів цих автоматизованих систем, зокрема, в органі судової влади, щодо діяльності якого відбулося внесення неправдивих відомостей чи несвоєчасне внесення

відомостей до АСДС/ЄСІТС, несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в такій системі, чи інше втручання в роботу такої автоматизованої системи.

Специфіка незаконного втручання у роботу АСДС/ЄСІТС полягає у тому, що його вчиненням забезпечується реалізація корупційних схем, в яких ключове місце займає рішення суду.

Незаконним втручанням може забезпечуватися, наприклад: розподіл справи на суддю, який прийняв пропозицію неправомірної вигоди за постановлення судового акту на користь особи, яка таку неправомірну вигоду надає, або розміщення у ЄДРСР за неправомірну вигоду суддею за попередньою змовою зі службовою особою апарату суду підроблених судових рішень, тощо.

Виходячи з цього під час розслідування факту корупційного злочину, вчинення якого відбулося з використанням судового акту, постановленого на користь злочинців, необхідно досліджувати обставини судового розгляду на предмет можливого вчинення злочину, передбаченого не тільки ст. 375, а й ст. 376-1. Також не слід забувати про можливе вчинення у сукупності із наведеними злочинами службового підроблення (ст. 366).

Основні джерела відомостей про обставини вчинення злочинів, передбачених ст. 376-1:

- співробітники апарату суду, державного підприємства «Інформаційні судові системи», які здійснюють адміністрування АСДС/ЄСІТС, її окремих модулів, судді, учасники судового розгляду;
- документи адміністратора та жорсткий диск серверу АСДС/ЄСІТС, які містять відомості щодо користувачів автоматизованої системи та їх дій (час, точки доступу до цієї системи користувача, який здійснив внесення недостовірних відомостей у автоматизовану систему, незаконне втручання у її роботу або невнесення у встановлені строки відомостей щодо розгляду судової справи, тощо);
- документи судової справи, у яких відображені факт її розгляду суддею, на якого шляхом незаконного втручання у роботу автоматизованої системи був здійснений розподіл справи, хід судового розгляду та постановлений письмовий судовий акт, недостовірна електронна копія якого була внесена до ЄДРСР або копія якого не була внесена до ЄДРСР;
- документи з апарату суду, іншого органу системи правосуддя, державного підприємства «Інформаційні судові системи», які містять дані про набуття особою, яка вчинила злочин, статусу службової особи та права на доступ до цієї системи, або про відсутність у особи права доступу до АСДС/ЄСІТС.

Обставинами, які підлягають встановленню під час розслідування **умисного внесення неправдивих відомостей** у АСДС/ЄСІТС (ч. 1 ст. 376-1), є:

- підстави та час надання особі статусу користувача, адміністратора АСДС/ЄСІТС, до яких програмних модулів цієї автоматизованої системи ця особа мала право доступу, її ідентифікаційні ознаки як адміністратора, користувача, точки доступу, з яких вона має право здійснювати такий доступ до автоматизованої системи;
- правдиві відомості, які мали бути внесені до АСДС/ЄСІТС та які фактично були внесені, у чому полягає відмінність між ними;
- час, точка доступу, ідентифікаційні дані користувача, адміністратора автоматизованої системи, який здійснив таке внесення;
- обізнаність особи, яка внесла в АСДС/модуль ЄСІТС відомості, про їх неправдивість, мета дій цієї особи, чи діяла вона самостійно або за вказівкою від керівника апарату суду, судді, іншої особи;
- обставини, за яких було виявлено внесення неправдивих відомостей до АСДС/ЄСІТС, та ким це було здійснено;
- факт видалення з АСДС/ЄСІТС неправдивих відомостей, коли, на підставі рішення якої службової особи це було здійснено.

При **несвоєчасному внесенні відомостей** до автоматизованої системи документообігу суду/ Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ч. 1 ст. 376-1) мають бути одержані відомості про:

- підстави та час надання особі статусу користувача АСДС/ЄСІТС, до яких програмних модулів цієї автоматизованої системи ця особа мала право доступу, її ідентифікаційні ознаки як користувача, точки доступу, з яких вона має право здійснювати такий доступ до автоматизованої системи;
- наявність відомостей, які мали бути внесені у встановлені нормативно-правовими актами строки до АСДС/модулю ЄСІТС (про рух документів, про наявність або відсутність на роботі посадових осіб та суддів, інших даних, необхідних для проведення автоматизованого розподілу, інформації щодо стану розгляду скарги, судової справи, внесення оригіналів електронних судових рішень, інших

електронних документів, відомостей про набрання судовим рішенням законної сили, тощо), але не були внесені або були внесені після спливу граничного строку для цього;

- службову особу, яка мала внести такі відомості до АСДС/модулю ЄСІТС;

- обізнаність такої особи про строки внесення цих відомостей до автоматизованої системи;

- наявність у службової особи можливості внести відомості, які мали бути внесені у встановлені нормативно-правовими актами строки до АСДС/модулю ЄСІТС;

- обставини, за яких було виявлено факт несвоєчасного внесення відомостей до АСДС/ЄСІТС, та ким це було здійснено.

Під час розслідування факту **несанкціонованих дій з інформацією,** що міститься в автоматизованій системі документообігу суду/Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі (ч. 1 ст. 376-1), необхідно встановити:

- факт зміни, знищення, копіювання, пересилання, надання доступу до інформації, яка міститься у АСДС/модулі ЄСІТС, тощо, які не були санкціоновані адміністратором цієї автоматизованої системи, чи іншою службовою особою, яка уповноважена на прийняття таких рішень;

- зміст первинної інформації та в якому модулі автоматизованої системи вона знаходилася, хто та коли її вніс;

- час, спосіб та наслідки вчинення несанкціонованих дій з інформацією автоматизованої системи;

- особа, яка здійснила несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в АСДС/модулі ЄСІТС, чи є ця особа службовою особою органу судової влади, установи, яка здійснює адміністрування функціонування автоматизованої системи, чи іншою особою;

- обізнаність такої особи щодо передбаченого чинними нормативно-правовими актами, роз'ясненнями адміністратора автоматизованої системи порядку санкціонування дій з інформацією, яка міститься у такій системі, мета дій цієї особи, чи діяла вона самостійно або за вказівкою від керівника апарату суду, судді, іншої особи.

При фактах **блокування роботи** автоматизованої системи документообігу суду/Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, механічного знищення комп'ютерів, інших її елементів чи інших умисних діях, які призводять до припинення функціонування такої автоматизованої системи (ч. 1 ст. 376-1), встановленню підлягають:

- факт та тривалість припинення функціонування АСДС/ЄСІТС в цілому або її окремого модулю;

- спосіб припинення функціонування автоматизованої системи (її окремого модулю);

- особа, яка вчинила такі протиправні дії, її мета;

- наслідки припинення функціонування АСДС/ЄСІТС в цілому або її окремого модулю.

За наявності ознак складу злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 376-1, необхідно додатково з'ясувати обставини попередньої змови на вчинення цього злочину групою осіб – час, місце, хто запропонував вчинити протиправні дії, передбачені у ст. 376-1, розподілив ролі та хто, які саме дії вчинив, їх наслідки.

Типові слідчі ситуації та рекомендований комплекс дій при їх виникненні.

1. Про обставини злочину, передбаченого ст. 376-1 КК, стало відомо в результаті одержання заяви/повідомлення від особи про його вчинення.

У такій слідчій ситуації після внесення відомостей до ЄРДР для встановлення обставин події злочину в залежності від способу його вчинення **здійснюються:**

- допит заявника/представника суду, іншої установи системи правосуддя, підприємства «Інформаційні судові системи», під час якого підлягають з'ясуванню його статус та відомі йому обставини вчинення злочину;

- тимчасовий доступ до АСДС/модулю ЄСІТС, документів адміністратора цієї автоматизованої системи для одержання відомостей про її користувачів, адміністраторів, електронні документи та дії, які були вчинені з відомостями, які містяться у такій системі;

- допит співробітників апарату суду, установи системи правосуддя, підприємства «Інформаційні системи», суддів, учасників судового розгляду, інших осіб (співробітників підприємств, установ, організацій, органів державної влади, місцевого самоврядування, окремих громадян) в якості свідків, яким відомі обставини умисного внесення неправдивих відомостей чи несвоєчасне внесення відомостей до АСДС/ЄСІТС, несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в такій автоматизованій системі, чи інше втручання в її роботу;

- тимчасовий доступ до документів апарату суду, установи системи правосуддя, підприємства «Інформаційні системи», для одержання копій документів про набуття особою статусу службової особи;

- тимчасовий доступ до документів судової справи, у яких містяться відомості, які мають значення для кримінального провадження, для одержання їх копій та порівняння з електронними документами, внесеними до АСДС/ЄСІТС;

- огляд сервера автоматизованої системи та вилучення технічних носіїв, на яких зафіксовані наслідки несанкціонованих дій з інформацією, що міститься в автоматизованій системі документообігу суду, чи іншого втручання в роботу автоматизованої системи;

- тимчасовий доступ до документів Internet-провайдера для одержання відомостей про IP-адреси, з яких відбувалися Internet-з'єднання з сервером автоматизованої системи при умисному внесенні неправдивих відомостей до АСДС/ЄСІТС, несанкціонованих діях з інформацією, що міститься в такій автоматизованій системі, чи інше втручання в її роботу;

- обшук житла чи іншого володіння особи, де фізично знаходиться точка доступу до АСДС/модулю ЄСІТС, для вилучення комп'ютера, технічних носіїв інформації, документів, які мають значення для кримінального провадження;

- огляд, вилучених під час обшуку матеріальних об'єктів, накладення на них арешту;

- призначення комп'ютерно-технічної експертизи для встановлення обставин втручання в роботу АСДС/модулю ЄСІТС з використанням засобів комп'ютерної техніки, програмного забезпечення, вилучених у особи, щодо якої є дані про вчинення нею злочину;

- повідомлення про підозру особі, яка вчинила злочин, її допит в якості підозрюваної, обрання їй запобіжного заходу;

- відсторонення службової особи від посади;

- одночасний допит раніше допитаних свідків та підозрюваного за наявності протиріч у їхніх показаннях;

- повідомлення зміненої підозри, допит підозрюваного з урахування всіх зібраних доказів обрання запобіжного заходу.

2. Факт вчинення злочину, передбаченого ст. 376-1 КК, виявлений під час розслідування іншого злочину.

У такій слідчій ситуації джерелом відомостей про обставини вчинення таких протиправних дій, як правило, виступають результати проведення слідчих (розшукових), інших процесуальних дій у кримінальному провадженні про службове підроблення (ст. 366), постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375).

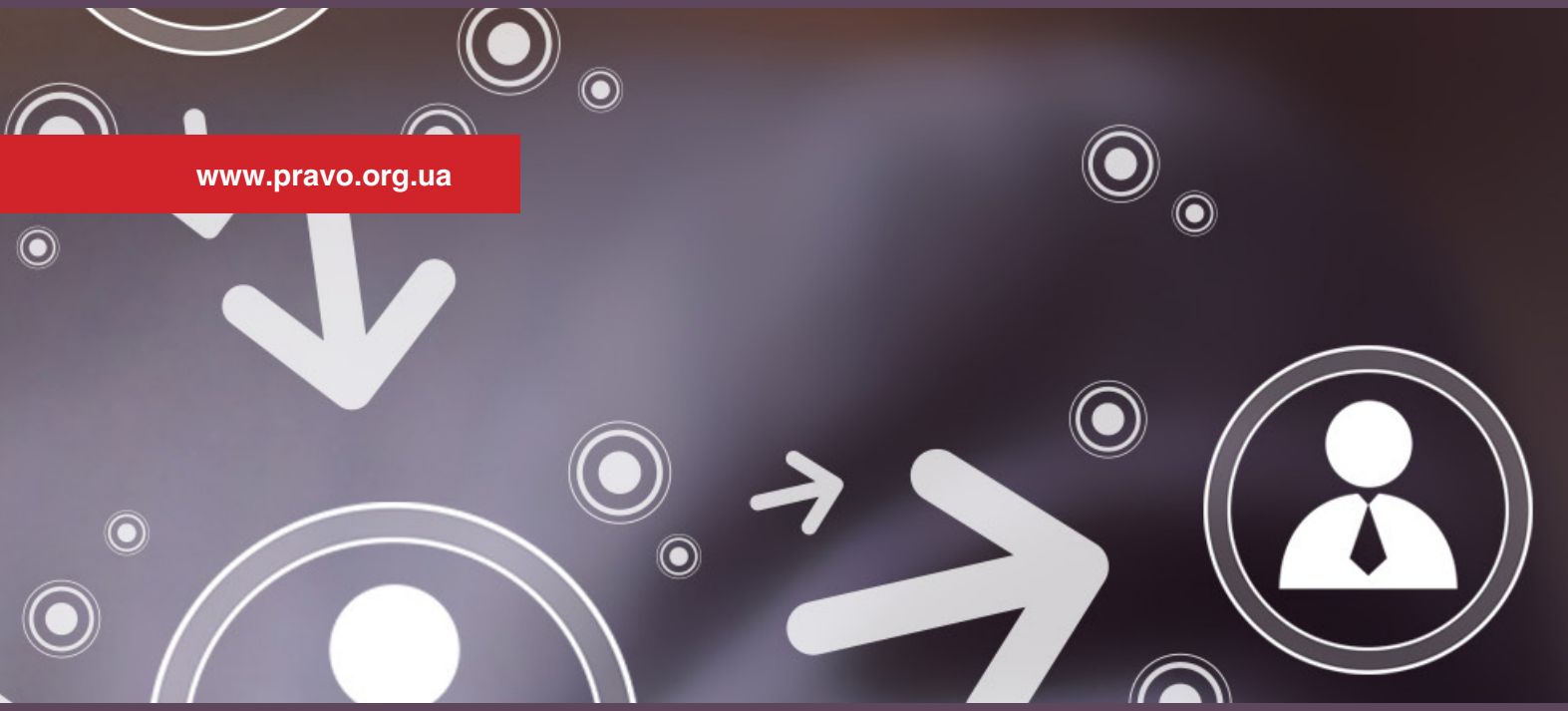
На підставі них приймається рішення щодо внесення відомостей до ЄРДР про злочин, передбачений у ст. 376-1, розслідування якого в цілому здійснюється шляхом проведення процесуальних дій, наведених для першої слідчої ситуації.

КОРУПЦІЙНІ СХЕМИ:
їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування

За редакцією М. І. Хавронюка

Авторський колектив:
Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П.,
Калмиков Д. О., Луцик В.В., Навроцький В.О.,
Хавронюк М.І., Шехавцов Р.М.

Видавець: ФОП Москаленко О. М.
Тел.: (050) 380-29-16, (097) 390-50-18
Свідоцтво про внесення до державного реєстру видавців:
Серія ДК №3304 видано Держкомтелерадіо України 28.10.2008 р.



www.pravo.org.ua

Центр політико-правових реформ – громадський аналітичний центр, заснований у 1996 році. Місією ЦППР є сприяння проведенню реформ у політико-правовій сфері задля утвердження в Україні демократії, верховенства права та належного урядування.

Основними напрямками діяльності Центру є конституціоналізм, публічна адміністрація, судівництво, кримінальна юстиція. Питання захисту прав людини, протидії корупції та європейської інтеграції є наскрізними для усіх напрямків діяльності.

ISBN 978-966-2214-83-3