

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ,
ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 369-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ****PROBLEMATIC ISSUES IN THE QUALIFICATION OF THE CRIMINAL OFFENSE
STIPULATED BY ARTICLE 369-2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE**

Третяков Д.А., к.ю.н.,

доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики

Міжнародний гуманітарний університет

Питання кваліфікації зловживання впливом потребує додаткового вивчення з метою правильного застосування у правозастосовній діяльності.

Під час дослідження проведено аналіз проблемних питань щодо кваліфікації такого корупційного кримінального правопорушення, як зловживання впливом, відповідальність за який, передбачена статтею 369-2 Кримінального кодексу України.

В роботі проаналізовано думки вчених, які займались питаннями боротьби з корупційними кримінальними правопорушеннями, відповідну судову практику, наведено конкретні приклади розгляду судами такого корупційного кримінального правопорушення, як зловживання впливом в яких кваліфіковано дії обвинувачених як такі, що пов'язані із вимаганням неправомірної вигоди, детально звернуто увагу та обґрунтовано позицію щодо невірності застосування відповідних норм КК України.

Встановлено, що примітка до ст. 354 КК України, у якій визначено поняття вимагання для низки корупційних складів злочину, законодавчо не поширена на ст. 369-2 КК України. Лише з огляду на це, сторона захисту може дотримуватись стратегії заперечення кваліфікації саме як вимагання при зловживанні впливом, покликаючись на статтю 8 Конституції України та відсутність юридичної визначеності як однієї зі складових верховенства права. Аналізом судової практики встановлено що дедалі частіше вказане стає підставою для виключення такої кваліфікуючої ознаки вчинення кримінального правопорушення як вимагання та зміну правової кваліфікації з ч. 3 ст. 369-2 КК України на ч. 2 цієї ж статті.

За результатами проведеного дослідження особливу увагу звернуто на ті законодавчі помилки, які наразі ще присутні у КК України, зазначено шляхи їх вирішення, а також надано певні рекомендації щодо застосування практичними працівниками відповідних норм у точній відповідності до законодавства.

Ключові слова: корупція, неправомірна вигода, службова особа, службові повноваження, вимагання, пропозиція, прохання, прийняття рішення, вплив, законні права та інтереси.

The issue of abuse of influence qualification requires further study for correct application in law enforcement activities.

The study analyzes the problematic issues regarding the qualification of such a corruption criminal offense as abuse of influence, which is subject to the Article 369-2 of the Criminal Code of Ukraine.

The paper analyzes the opinions of scholars who have dealt with issues of combating corruption criminal offenses, the relevant litigation, provides case studies of court consideration of such a corruption criminal offense as abuse of influence in which the actions of the accused are qualified as those associated with demanding improper advantage, paying detailed attention and substantiating the position on the incorrect application of the relevant norms of the Criminal Code of Ukraine.

The study found out that the note to Art. 354 of the Criminal Code of Ukraine, which defines the concept of extortion for a number of corruption offenses, is legislatively not applied to Art. 369-2 of the Criminal Code of Ukraine. Solely on the grounds of this, the defense may adhere to the strategy of denying qualification precisely as extortion through abuse of influence, referring to Article 8 of the Constitution of Ukraine and the absence of legal certainty as one of the components of the rule of law. The analysis of litigation found out that increasingly often this becomes the basis for excluding such a qualifying feature of committing a criminal offense as extortion and changing the legal qualification from part 3 of Art. 369-2 of the Criminal Code of Ukraine to part 2 of the same article.

According to the results of the research special attention was paid to the legislative errors that are currently still present in the Criminal Code of Ukraine, the ways of their resolution were indicated, and certain recommendations regarding the application of the relevant norms by practitioners were provided in accordance with the legislation.

Key words: corruption, undue advantage, public official, official powers, extortion, offer, request, decision-making, influence, lawful rights and interests.

Для багатьох вітчизняних юристів є очевидним факт перейняття антикорупційних положень Кримінального кодексу України (надалі – КК України) із низки міжнародних нормативно-правових документів, зокрема конвенцій, спрямованих на боротьбу з корупцією.

Зокрема, ст. 369-2 КК України є наслідком імплементації статті 12 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією [1] та статті 18 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції [2]. Разом з тим, така імплементація є доволі не досконалою, що дедалі частіше створює певні проблеми у практичній діяльності.

Зазначений склад кримінального правопорушення постійно був проблемним у кваліфікації та доволі часто у розумінні. Протягом тривалого часу виникали певні ускладнення із застосуванням примітки, яка згодом втратила чинність, а відповідно і з визначенням особи, що уповноважена на виконання функцій держави. Навіть зважаючи що дану проблему через деякий час було врегульовано законодавцем, втім і на сьогоднішній день є відкритим питання щодо природи впливу, зокрема чи

обов'язково він повинен бути пов'язаним із службовим становищем чи можливе використання інших зв'язків (родинних, дружніх тощо).

Необхідно розпочати із одного з найбільш дискусійних питань – кваліфікації дій за ч. 3 ст. 369-2 КК України, тобто зловживання впливом, яке поєднане з вимаганням.

З самого початку складності, пов'язані з кваліфікацією за ч. 3 ст. 369-2 КК України, породжені самою природою та визначенням поняття «вимагання». Наприклад, у вказаних міжнародних актах використано поняття «solicitation», яке перекладається, більше як вимога, або ж прохання, благання, наполеглива пропозиція, спокушання, яке не пов'язане ані з погрозами, ані з застосуванням насильства. Проте вітчизняний законодавець, маючи бажання вдосконалення норми, перетворив це поняття, та виніс його у ч. 3 ст. 369-2 КК України, обійшовши змістовне врегулювання.

У той самий час, примітка до ст. 354 КК України, в якій закріплено визначення вимагання для низки корупційних кримінальних правопорушень, законодавчо не розповсю-

джена на ст. 369-2 КК України. Тільки з огляду на вказане, сторона захисту може дотримуватись стратегії заперечення кваліфікації діяння за ч. 3 ст. 369-2 КК України, спираючись на статтю 8 Конституції України та відсутності юридичної визначеності як однієї зі складових верховенства права. Також, у рішенні Конституційного суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 зазначено, що «із конституційних принципів рівності та справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній діяльності та неминуче призводить до сваволі» [3]. В даній ситуації, відсутність законодавчої дефініції «вимагання» для статті 369-2 КК України зумовлює двозначність самої норми та шляхів її тлумачення.

Окремо, існують підходи щодо визначення вимагання згідно з положеннями ст. 189 КК України, оскільки тлумачення відповідно до примітки статті 354 КК України є неможливим.

Втім кожному правозахиснику необхідно відчувати суттєву різницю між цими двома складами кримінальних правопорушень – ч. 3 ст. 369-2 та ч. 2 ст. 189 КК України. Зокрема В. М. Киричко пропонує визначати головним критерієм розрізнення цих складів кримінальних правопорушень – обумовленість. Оскільки на відміну від ст. 369-2 КК України, у складі кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 189 КК України, службова особа вимагає певні матеріальні блага, не обіцяючи взамін виконання будь-якої дії на користь цієї чи іншої особи.

У той самий час, за ч. 3 ст. 369-2 КК України вимагання обумовлено вчиненням службовою особою певних дій навзаєм. Далекі неоднозначною в цьому аспекті є судова практика [4].

Зокрема серед проаналізованих більш ніж двохсот судових рішень за ст. 369-2 КК України у Єдиному реєстрі судових рішень, лише біля 4 % випадків обвинувальних вироків, судом винесено саме за ч. 3 ст. 369-2 КК України.

Досить часто при розгляді справ цієї категорії, суд йде шляхом найменшого спротиву – застосування принципу «аналогії закону», поширюючи примітку до ст. 354 КК України на склад зловживання впливом, не беручи до уваги імперативну заборону застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. При цьому у більшості проаналізованих судових рішень суди не визнають кваліфікацію, запропоновану стороною обвинувачення, та здійснюють її перекваліфікацію з ч. 3 ст. 369-2 КК України на ч. 2 цієї ж статті через відсутність вимагання або встановлення факту його недоведеності.

З огляду на зазначене виникає загальне питання щодо доречності вимагання в складі зловживання впливом.

Згідно правової позиції Верховного суду України, яка викладена у справі № 5-124к-15 від 21.01.2016 року [5], вимагання неправомірної вигоди може бути поставлено у провину лише у тому випадку, якщо винна особа з метою його одержання погрожує вчиненням або не вчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає незаконну вигоду, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати її з метою запобігання шкідливим наслідкам. У разі, якщо службова особа хоче отримати неправомірну вигоду, а особа, яка її дає, при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б неодмінно настали за відмови надати неправомірну вигоду, то такі дії за своїми ознаками не утворюють вимагання.

На підставі цього можна прийти до висновку що кваліфікація зазначених дій вчинених шляхом вимагання може мати місце у випадках, якщо:

– ініціатором надання неправомірної вигоди є службова особа;

– вимога поєднана із погрозою або створенням відповідних умов;

– шкода буде заподіяна лише законним правам та інтересам особи.

Разом з тим, згідно правової природи такого кримінального правопорушення як зловживання впливом, службова особа, що отримує неправомірну вигоду, втручається у встановлений законом порядок прийняття певного рішення, з метою його ухвалення на користь особи, що надає відповідну неправомірну вигоду. Тим самим, мова в принципі не може йти про законність прав та інтересів, якщо втручання здійснюється саме у регламентований порядок.

Схожої позиції дотримується і низка науковців, зокрема В.М. Киричко зазначав: «Особу, яка здійснює підкуп, немає жодного сенсу примушувати до цього, оскільки вона сама бажає надати неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК України, для того, щоб останній незаконно вплинув на прийняття певного рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави» [6, с. 256–257]. Також погоджують із вказаною позицією Дудоров О.О. додав: «Якщо, з іншого боку, ініціатором впливу є зацікавлена в ньому особа, а інша особа, спроможна на такий вплив, на прохання про нього відповість, що без неправомірної вигоди цього не робитиме, то і така поведінка, вочевидь, не повинна розглядатись як вимагання неправомірної вигоди, адже має визнаватись передбаченою ч. 2 ст. 369-2 КК обіцянку здійснити вплив за надання неправомірної вигоди (складовою такої обіцянки)» [7, с. 169].

Разом з цим, у судовій практиці подібна позиція, жодного разу не використовувалась.

Так, Верховний суд у справі № 347/350/16 від 19.09.2018 року змінив кваліфікацію діяння з ч. 3 ст. 369-2 на ч. 2 цієї ж статті, покликаючись на відсутність вимагання у справі відповідно до правової позиції ВСУ від 21.01.2016 року [8].

За обставинами справи, до голови Косівської районної державної адміністрації Івано-Франківської області звернулись представники ПП «Явір» з метою впливу ним на службових осіб селищної ради, які прийматимуть рішення щодо укладення договору з виконання дорожньо-ремонтних робіт. Тобто метою представників ПП «Явір» було отримання переважного права на укладення такого договору.

Виявляється, що у цьому випадку відсутні відразу три складові, характерні для вимагання, відповідно до позиції Верховного Суду України від 21.01.2016 року.

У зв'язку із цим, можна дійти до висновку щодо невірної кваліфікації за ч. 3 ст. 369-2 КК України дій особи згідно із вирокіом Тернопільського міськрайонного суду у справі № 607/730/14-к від 03 лютого 2014 року [9].

Відповідно до обставин справи, до обвинуваченого звернулись особи з метою впливу останнім на прийняття рішення працівником міської ради щодо виділення земельної ділянки у власність. Втім за такий вплив обвинувачений вимагав надання неправомірної вигоди в розмірі 3 тисячі доларів США. Разом з тим, вказане діяння не може бути кваліфіковане за ч. 3 ст. 369-2 КК України, оскільки ініціатором надання неправомірної вигоди не була службова особа, крім того, особи не здійснюють захист законних інтересів, адже бажають отримання земельної ділянки в порядку, що не в повній мірі відповідає вимогам закону.

У той же час, постає питання щодо можливості кваліфікації за ч. 3 ст. 369-2 КК України діяння, за якого службова особа погрожує вплинути на прийняття рішення не на користь особи у випадку, якщо вигода не буде надана. У такому випадку вимагання може мати місце. Доволі цікавим з огляду на це є рішення Вищого антикорупційного суду у справі № 991/492/19 від 15 червня 2020 року [10].

За обставинами справи, депутат місцевої ради звернувся до особи, що легально займалась вирубкою деревини, з метою отримання неправомірної вигоди за надання ним захисту для бізнесу особи. Однак підприємець відмовився від подібної пропозиції. Натомість депутат викликав поліцію, написав заяву про вчинення злочину, що спричинило відібрання автомобіля для перевезення деревини на штраф-майданчик. Внаслідок бездіяльності поліції та створення видимості депутатом, що подібне відбувається «з його руки», підприємець внаслідок своєї юридичної необізнаності надав неправомірну вигоду, намагаючись захистити законне право на підприємницьку діяльність.

Колегія суддів, ухвалюючи вирок за ч. 3 ст. 369-2 КК України, проаналізувала ситуацію на вміст вимогання з огляду на наступне: ініціювання отримання неправомірної вигоди надходило від обвинуваченого; штучно створена негативна ситуація для підприємця; характер поведінки депутата був підкріплений створенням відповідних умов, які змогли переконати приватного підприємця в наявності загрози його правам та інтересам, що

змусило його погодитися з вимогою про надання неправомірної вигоди. Підприємець був переконаний у тому, що самостійно не зможе повернути власний автомобіль через корупційні зв'язки депутата з Бориспільським відділом поліції Головного управління національної поліції у Київській області (видимість цього була штучно створена депутатом).

Таким чином кваліфікація протиправних діянь за ч. 3 ст. 369-2 КК України досить часто є суперечливою та неоднозначною. Обвинувальних вироків судами винесено не багато, що не дозволяє системно тлумачити позицію судів з цього питання. Здебільшого суди визнають відсутність вимагання у діянні обвинуваченого, що дає підстави стверджувати про складність поєднання вимагання з самою природою зловживання впливом. В той же час, найбільш точною є кваліфікація за ч. 3 ст. 369-2 КК України лише у випадку погрози службовою особою вплинути на законні права та інтереси особи так, щоб це набрало негативного забарвлення, що відповідно змусить особу надати неправомірну вигоду з метою захисту своїх законних прав та інтересів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS173) / *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2007, № 47-48.
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції / *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2007, № 49).
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) у справі № 1-17/2005 № 5-рп/2005 від 22 вересня 2005 року / *Урядовий кур'єр*, № 188 від 05.10.2005.
4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов та ін.]; відп. ред. С. С. Яценко. 2-ге вид., переробл. та доповн. Київ: А.С.К., 2002. 968 с.
5. Постанова Верховного суду України від 21 січня 2016 року № 5-124кк15/ URL: [https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F838A8EF1B277D2EC2257F570048952D](https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F838A8EF1B277D2EC2257F570048952D).
6. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. – Х.: Право, 2013. – с. 256–257.
7. Дудоров О.О. Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і буквою «кримінального закону». – *Право і громадянське суспільство*. – №3. – 2015. – с. 169.
8. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду України у справі № 347/350/16 від 19.09.2018. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_kks_vp_vid_19_09_2018_roku_u_sprav_i_347_350_16_1/.
9. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 03 лютого 2014 року у справі №607/730/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/37011113>.
10. Вирок Вищого антикорупційного суду від 15 червня 2020 року у справі № 991/492/19/ URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/89823388>.