

Тагієв С. Р.,

*доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України,
завідувач кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології
Пенітенціарної академії України
<https://orcid.org/0000-0001-9338-4792>*

ОГЛЯД ПРАВОВИХ ВИСНОВКІВ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ ЗА СТ. 368 КК УКРАЇНИ

REVIEW OF THE LEGAL CONCLUSIONS OF THE SUPREME COURT ON DETERMINING THE SUBJECT OF A CRIME UNDER ART. 368 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Ураховуючи, що корупційні кримінальні правопорушення, підривають авторитет органів державної влади та довіру до них; ураховуючи, що вони так само підривають і авторитет правоохоронних органів, що розслідують такі провадження та підтримують публічне обвинувачення в суді, у зв'язку з неможливістю довести пере судом правильність кваліфікації діяння, автор статті вирішив звернути увагу на ті проблемні питання, які виникають під час визначення суб'єкта відповідальності у найпоширенішому корупційному злочині – вимагання та отримання неправомірної вигоди.

Стаття містить короткий аналіз положень Кримінального кодексу України (далі – КК України) щодо дефініції «службова особа» як суб'єкта відповідальності за ст. 368 КК України. Автор, погоджуючись з деякими поглядами вчених, наголошує, що службову особу необхідно розглядати не лише через безвідносні характеристики, що зазначені законодавцем у законі України про кримінальну відповідальність, а й в сукупності з фактичними обставинами кожного конкретного кримінального провадження.

Для зрозумілості того, як мають співвідноситися посада – посадові та службові повноваження – вчинення дій, щоб особа набула ознак службової особи – суб'єкта кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України, автор звертається до судової практики, у першу чергу постанов Верховного Суду (далі – ВС), у хвалених за результатами перегляду в касаційному провадженні рішень судів Вінницької, Донецької, Львівської, Тернопільської, Черкаської та Чернівецької областей у 2020–2022 роках.

Слід звертати увагу, що ВС у вирішенні питання права пов'язаного з визначенням суб'єкта відповідальності за ст. 368 КК України є найстарішою, що свідчить про досягнення правової єдності.

На підставі аналізу судової практики можна прийти до висновку, що загальні характеристики суб'єкта відповідальності за ст. 368 КК України, що визначені у ст.ст. 18, 364 КК України є недостатніми для обвинувачення конкретної особи у вимаганні та/або отриманні неправомірної вигоди. Вирішальними у цьому контексті є фактичні обставини кримінального провадження, на підставі яких можна встановити: категорію посади, функціональні обов'язки службової особи, повноваження структурних підрозділів органів державної влади та місцевого самоврядування, сукупність фактично вчинених дій, інтелектуально вольову складову дій як особи, що надає неправомірну вигоду, так і особи, що її отримує.

Ключові слова: *службова особа, неправомірна вигода, кримінальне провадження, Верховний Суд, правовий висновок.*

Given that corruption criminal offences undermine the authority of public authorities and trust in them; given that they also undermine the authority of law enforcement agencies which investigate such proceedings and support public prosecution in court, and given the impossibility of proving the correct qualification of an act in court, the author decided to pay attention to the problematic issues which arise when determining the subject of liability in the most common corruption crime – extortion and receipt of unlawful benefit.

The article provides a brief analysis of the provisions of the Criminal Code of Ukraine (hereinafter – the CC of Ukraine) regarding the definition of "official" as a subject of liability under Article 368 of the CC of Ukraine. The author, while agreeing with some scholars' views, emphasises that an official should be considered not only through the irrelevant characteristics specified by the legislator in the law of Ukraine on criminal liability, but also in conjunction with the actual circumstances of each particular criminal proceeding.

For the sake of clarity as to how the position – official powers and official authority – actions should be correlated for a person to acquire the attributes of an official – a subject of criminal liability under Article 368 of the CC of Ukraine,

the author refers to the case law, primarily the decisions of the Supreme Court (hereinafter – SC), which were praised upon review in cassation proceedings of the decisions of the courts of Vinnytsia, Donetsk, Lviv, Ternopil, Cherkasy and Chernivtsi regions in 2020–2022.

The author draws attention to the fact that the Supreme Court of Ukraine is the oldest in resolving the issue of law related to determining the subject of liability under Article 368 of the Criminal Code of Ukraine, which indicates that legal unity has been achieved.

Based on the analysis of the court practice, the author comes to the conclusion that the general characteristics of the subject of liability under Art. 368 of the CC of Ukraine, as defined in Articles 18, 364 of the CC of Ukraine, are insufficient to accuse a particular person of extortion and/or obtaining an unlawful benefit. In this context, the factual circumstances of criminal proceedings are decisive, on the basis of which it is possible to establish: the category of position, functional duties of an official, powers of structural subdivisions of public authorities and local self-government bodies, a set of actually committed actions, and the intellectual and volitional component of actions of both the person providing the undue benefit and the person receiving it.

Key words: *official, undue advantage, criminal proceedings, Supreme Court, legal opinion.*

Актуальність та постановка проблеми. Розбудова демократичної держави, якої є і Україна, передбачає викорінення корупційної складової в діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах та організаціях; виховання суспільства таким чином, щоб менталітет не мав місця для так званого «кумівства».

Дедалі частіше ми можемо побачити в засобах масової інформації повідомлення правоохоронних органів про гучні викриття посадовців на вимаганні та отриманні неправомірної вигоди від громадян або представників юридичних осіб за вчинення в їх інтересах певних дій або прийняття позитивних рішень.

Разом з тим майже кожний з нас задавався питанням, а чому кількість таких викриттів майже не дорівнює такій же кількості судових рішень? Відповідь очевидна – на стадії судового розгляду встановлюються обставини, за яких обвинувачений не суб'єктом злочину за ст. 368 КК України, а це у свою чергу виключає і його кримінальну відповідальність за вказаною статтею.

З огляду на це, ми ставимо собі за мету розглянути у цій статті судову практику ВС з питань визначення суб'єкту кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України і відповідно визначити хто та за що має нести кримінальну відповідальність.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Суб'єкт як обов'язкова складова будь-якого злочину майже завжди розглядається в контексті дослідження кваліфікації кримінального правопорушення. З цього приводу роботи присвячені таких науковців як Ю.В. Бауліна, О.С. Бондаренко, О.О. Дудорова, В.М. Каба-

єва, М.О. Комарницької, Е.М. Кісілюка, Р.Л. Максимовича, С.В. Олійник, О.А. Пушкар, М.В. Форменко, О.М. Шармар, Н.М. Ярмиш та інших.

Не зважаючи на це, розгляд правильності визначення суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, у контексті дослідження практики ВС залишається мало дослідженим.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перш ніж перейти до розгляду суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368 КК України, через призму правозастосовчої практики касаційного суду, необхідно встановити, законодавчі приписи, що містяться в законі України про кримінальну відповідальність.

Так, основні положення про спеціальний суб'єкт відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, розміщено у ч.ч. 2–4 ст. 18 та примітці до ст. 364 КК України.

Зокрема, визначення терміну «службова особа» у вказаних статтях майже ідентична, за тим лише єдиним виключенням, що у примітці до ст. 36 КК України використано уточнюючі характеристики підприємств – вони мають бути або державної або комунальної форми власності. У всьому іншому цілковите співпадіння. Тому в контексті нашого дослідження ми наведемо визначення з примістки.

Так, під службовою особою слід розуміти особу, яка постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснює функції представника влади чи місцевого самоврядування, а також обіймає постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних

підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконує такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом [1].

З цього визначення М.В. Форменко виділила такі види службових осіб: 1) службові особи, які виконують функції представника влади або місцевого самоврядування; 2) службові особи юридичної особи державної або комунальної власності, які виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції; 3) службові особи, які виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції службової особи юридичної особи приватного права [2, с. 50].

Водночас сам по собі факт наявності в органів досудового розслідування інформації про те, що та чи інша особа обіймає певну посаду в органах державно чи комунальної влади або на відповідних підприємствах, не створює підстав говорити, що вона автоматично стає суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України.

З цього приводу слушно сказав О.А. Пушкар, вказуючи, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК України необхідно розглядати у сукупності з іншими як об'єктивними, так і суб'єктивними ознаками [3, с. 233]. Крім того, для притягнення службової особи до кримінальної відповідальності за вчинення корупційного злочину необхідно чітко й однозначно вказати у процесуальних документах, до якої категорії службових осіб відноситься особа у зв'язку із вчиненими нею діями, оскільки обіймання особою певної (конкретної) посади може бути пов'язане із виконанням нею як функцій представника влади, так і організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків [4, с. 96].

З огляду на те, що наведена вище, стає зрозумілим, що положення закону, будучи безвідносними, не розкривають тонкощів встанов-

лення суб'єкту злочину, передбаченого ст. 368 КК України, а також правильності кваліфікації його дій з огляду на конкретні обставини кримінального провадження.

Тому доречно буде навести деякі конкретні приклади з практики касаційного розгляду кримінальних проваджень вказаної категорії. Принагідно треба зауважити, що позиція касаційного суду щодо визначення службової особи як суб'єкта кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України є однією зі сталих, оскільки за останні п'ять років питання відступу від попередніх висновків на розгляд палати, об'єднаної палати Касаційного кримінального суду та Великої Палати ВС не виносилось.

I. На розгляді ВС перебувало кримінальне провадження відносно начальника Державної служби з лікарських засобів та контролю за наркотиками у Чернівецькій області (далі – Держлікслужба у Чернівецькій області), яка вимагала та отримала від керуючої аптеками ПП «Гармонія-2000» ОСОБА_3 неправомірної вигоди у розмірі 2 400 дол. США, за не включення підприємства до плану перевірок на 2019 рік з питань додержання ліцензійних умов провадження господарської діяльності.

Дії особи були кваліфіковано за ч. 3 ст. 368 КК України.

Відхиляючи касаційну скаргу сторони захисту, ВС вказав, що твердження про відсутність у ОСОБА_1 таких організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, які б уповноважували її на складання або надання пропозицій до проектів планів перевірок суб'єктів господарювання, є безпідставними, зважаючи на те, що відповідно до Положення про Держлікслужбу у Чернівецькій області, затвердженого наказом Державної служби України, служба здійснює державний нагляд (контроль) за дотриманням вимог законодавства щодо якості та безпеки лікарських засобів, порядку відпуску лікарських засобів, виконання ліцензійних умов провадження господарської діяльності з оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами. У свою чергу, керівництво Службою здійснює начальник, який несе персональну відповідальність за організацію та результати її діяльності (зазначені повноваження утворюють собою зміст функції представника влади, здійснення якої

покладено на ОСОБА_1), вносить Голові Держлікслужби пропозиції щодо пріоритетів роботи Служби і шляхів виконання покладених на неї завдань (тобто на начальника покладено здійснення організаційно-розпорядчих функцій). Що ж до повноважень ОСОБА_1 щодо планових заходів державного нагляду (контролю) у плановому періоді, то вони визначені ст. 5 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 № 877-V. А тому дії начальника Держлікслужба у Чернівецькій області кваліфіковано правильно саме за ч. 3 ст. 368 КК України [5].

У доповнення до вказаної постанови у 2022 році ВС у справі № 146/1086/16-к також наголосив, що встановлення у особи статусу службової особи, як керівника структурного підрозділу державної установи, із відповідними посадовими обов'язками, проте це не свідчить, що вона відноситься до осіб, які займають відповідальне становище, з урахуванням положень п. 2 примітки ст. 368 КК України, у випадку коли: а) вона не є керівником структурного підрозділу органу державної влади та б) у неї відсутні додаткові функції, притаманні службовій особі [6].

II. В іншому провадженні перевіряючи співвідношення займаної посади, наданих повноважень та фактично вчинених дій, ВС суд погодився з раніше ухваленим Слов'янським міськрайонним судом Донецької області виправдувального вироку за ч. 3 ст. 368 КК України відносно заступника міського голови, якого обвинувачували у тому, що він вимагав та отримав за посередництва ОСОБА_2 неправомірну вигоду в сумі 150000 грн від ОСОБА_3 за сприяння у перемозі останнього в торгах (аукціоні) з придбання нежитлової будівлі та споруд, що перебували на балансі відділу освіти міської ради.

Розглянувши касаційну скаргу прокурора, ВС її відхилив з тих підстав, що у обвинуваченого відсутні службові повноваження щодо прийняття рішень про приватизацію майна комунальної власності, визначення способу його приватизації, його оціночної вартості, а також порядку проведення аукціону, визначення його учасників та переможців. Такі повноваження відповідно до законодавства

України має міська рада, а відповідне рішення приймається на сесії депутатами. Після ухвалення рішення міською радою про приватизацію певного об'єкта процедура підготовки документів для приватизації покладається на управління комунальної власності, яке укладає договір із ліцитатором. До службових повноважень ОСОБА_1 входило лише кураторство управлінням комунальної власності, яке діяло виключно на виконання рішень міської ради, не маючи самостійних владних повноважень для визначення об'єктів приватизації та способу здійснення такої приватизації [7].

III. Не скасовуючи свого попереднього рішення щодо вирішення правової проблеми пов'язаної з кваліфікацією дій суб'єкта за ч. 3 ст. 368 КК України, коли повноваження щодо прийняття основного рішення залежало від колегіального органу, ВС у наступному провадженні лише звернув увагу правозастосувачів на те, що у кожному конкретному випадку також необхідно враховувати вчинення супутніх дій, що обумовлені законодавством.

Зокрема, переглядаючи вирок Борщівського районного суду Тернопільської області від 17.08.2020 відносно ОСОБА_1, ВС встановив наступне. ОСОБА_1 визнано винуватою за ч. 3 ст. 368 КК України, а саме у тому, що будучи головою Глибочецької сільської ради Борщівського району Тернопільської області, після прийняття на пленарному засіданні рішення № 350 про надання дозволу на встановлення кіоску для продажу їжі швидкого приготування, кави та чаю за заявою ОСОБА_2, але до його підписання рішення ради, повідомила останньому, що надасть прийняте по його заяві рішення за умови перерахування на вказаний нею картковий рахунок, грошових коштів у розмірі 10000 грн. Крім того, наголосила, що у разі відмови ОСОБА_2 буде позбавлений можливості будь-яким чином отримати дозвіл на встановлення кіоску.

Після отримання, обумовлених грошових коштів, ОСОБА_1 надала вказівку секретарю Глибочецької сільської ради Борщівського району виготовити рішення № 350, завіривши його особистим підписом і печаткою ради.

Відкидаючи доводи касаційної скарги сторони захисту про те, що засуджена не може бути суб'єктом вказаного злочину, оскільки

займана нею посада не належить до категорій «службових», а видача обвинуваченою наказу про надання дозволу на встановлення кіоску для продажу їжі швидкого приготування не входила до кола її повноважень, ВС вказав, що фактично вчинені ОСОБА_1 дії, а саме одержання нею заяви від ОСОБА_2, узгодження з ним місця розташування кіоску, про встановлення якого він висловлював намір, винесення вказаного питання на розгляд сесії ради, завірення прийнятого рішення своїм особистим підписом із проставленням печатки сільської ради та особиста передача його в руки ОСОБА_2, узгоджуються з повноваженнями сільського голови, що підтверджується сукупністю об'єктивно досліджених судами доказів. Таким чином Особа_1 в силу займаної нею посади була наділена правом на вчинення дій, що їй інкримінувалися органом досудового розслідування [8].

Аналогічну позицію висловив ВС у постанові від 15.09.2022 щодо кваліфікації дій керівника самостійного структурного підрозділу органу місцевого самоврядування [9].

IV. Також ВС висловився й щодо того чи впливає на правильність кваліфікації дій особи за ст. 368 КК України настання певних юридичних фактів, як то звільнення із займаної посади суб'єкта відповідальності.

Так, вироком Соснівського районного суду м. Черкаси ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що діючи умисно, з корисливих мотивів, створив перед ОСОБА_2 (представником ОСОБА_3) видимість наявності у нього повноважень, достатніх для прийняття рішення з питань передачі ОСОБА_3 в оренду земельних ділянок сільськогосподарського призначення загальною площею 400 га для ведення фермерського господарства, та в період із квітня по травень 2014 року вимагав від ОСОБА_2, а 20.05.2014, перебуваючи в ресторані «Едем» у м. Черкасах, отримав від нього грошові кошти в сумі 57000 доларів США, начебто як винагороду за передачу ОСОБА_3

в оренду земельних ділянок сільськогосподарського призначення загальною площею 400 га, хоча насправді вплинути на прийняття такого рішення він не міг, адже не мав на це достатніх повноважень, про що йому було достовірно відомо [10].

Переглядаючи у котре вказане провадження у касаційному порядку ВС вказав, що отримання службовою особою неправомірної вигоди після її звільнення з посади, за умови встановлення того, що вона вчинила дії (обумовлені домовленістю з особою, яка надала неправомірну вигоду) з використанням службового становища в інтересах третьої особи під час перебування на займаній посаді, містить підстави для притягнення такої особи до кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України (в редакції, чинній на момент вчинення інкримінованого злочину). Крім того, на кваліфікацію дій особи за вказаною статтею не впливає те, чи є неправомірною вигода підкупом, що передуює вчиненню дій з використанням службового становища, чи вона є подякою (вдячністю) за вже вчинені дії службовою особою [11].

Висновки. Підсумовуючи вище викладене, слід сказати, що ст. 18 КК та примітка до ст. 364 КК України містять лише загальні характеристики суб'єкта відповідальності за ст. 368 КК України, тоді як його конкретизація має відбуватися з огляду на посадові обов'язки, права та обов'язки визначені Законами та підзаконними нормативно-правовими актами, положеннями про структурні підрозділи органів державної влади та місцевого самоврядування, сукупність фактично вчинених дій, інтелектуально вольову складову дій як особи, що надає неправомірну вигоду, так і особи, що її отримує.

Основний інструментарій, який можуть та повинні (з огляду на положення ч. 5 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») використовувати у своїй правозастосовчій діяльності слідчі, прокурори, судді з метою правильності визначення суб'єкту відповідальності за ст. 368 КК України, – постанови ВС.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінальний кодекс України : Закону України від 05.04.2021. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n1209> (дата звернення: 26.03.2024).
2. Фоменко М.В. «Службова особа» як суб'єкт корупційних кримінальних злочинів : становлення поняття у КК України, види та проблемні питання. Вісник кримінологічної асоціації України, 2020. № 1 (22). С. 48–56.

3. Пушкар О.А. Особливості складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія : юридичні науки. 2023. Том 34 (73), № 3. С. 230–235.

4. Кісілюк Е.М. Службова особа як суб'єкт корупційних злочинів. Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф., (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Кримінол. асоц. України. – Харків : ХНУВС, 2017. – 228 с.

5. Постанова Верховного Суду у справі № 725/1199/19 від 07.10.2020. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92173671> (дата звернення 26.03.2024).

6. Постанова Верховного Суду у справі № 146/1086/16-к від 06.07.2022. URL: <https://lpd.court.gov.ua/adjudication/43226> (дата звернення 26.03.2024).

7. Постанова Верховного Суду у справі № 243/1573/17 від 13.01.2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94194571> (дата звернення 26.03.2024).

8. Постанова Верховного Суду у справі № 594/1332/17 від 19.05.2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97104057> (дата звернення 26.03.2024).

9. Постанова Верховного Суду у справі № 461/4839/19 від 15.09.2022. URL: <https://lpd.court.gov.ua/adjudication/43211> (дата звернення 26.03.2024).

10. Вирок Сосніського районного суду Черкаської області у справі № 712/48/15-к від 14.09.2015. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/50355177> (дата звернення 26.03.2024).

11. Постанова Верховного Суду у справі № 712/48/15-к від 21.04.2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96545086> (дата звернення 26.03.2024).