Джерело:

Дудоров О. О., Задоя К. П. Проблеми кримінально-правової протидії корупції з урахуванням практики ЄСПЛ. *Збірник «Науковий вісник НДІ проблем досудового розслідування»*. 2025. № 2. С. 54–92. URL: https://ndipdr.com.ua/wp-content/uploads/2025/09/журнал-№-2-повна-версія.pdf

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Дудоров Олександр,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінально-правової політики
та кримінального права
навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна
ORCID – 0000-0003-4860-0681

Задоя Костянтин,
кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правової політики
та кримінального права
навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна
ORCID – 0000-0003-2362-7116

Статтю присвячено з’ясуванню специфіки врахування практики Європейського суду з прав людини як джерела кримінального права України при кримінально-правовій оцінці корупційних вчинків. В основу дослідження покладено авторську оцінку матеріалів окремих резонансних кримінальних проваджень.

Виокремлено особливості правової природи рішень Європейського суду з прав людини та їх кримінально-правове значення. Розглянуто практику цього Суду, пов’язану з тлумаченням і застосуванням ст. 7 (1) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка закріплює принцип законності. Із зверненням до релевантної практики Європейського суду з

прав людини розкрито зміст і значення конвенційної вимоги передбачуваності засудження особи на підставі закону *in concreto.*

Проаналізовано обвинувачення колишнього голови правління публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України» А. Коболєва у вчиненні злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 Кримінального кодексу України. Доведено, що засудження цієї особи як за безпосереднє, так і за опосередковане вчинення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем становитиме порушення конвенційної вимоги передбачуваності засудження на підставі закону.

На прикладі «кейсу Сольвара», звернення до якого дозволило актуалізувати питання кримінально-правової кваліфікації безпідставного отримання народними депутатами України компенсацій вартості оренди житла або винайму готельного номеру, із залученням практики Європейського суду з прав людини встановлено, що і в цій правозастосовній ситуації є підстави вести мову про порушення конвенційної вимоги передбачуваності засудження на підставі закону.

Піддано критичній оцінці висновок об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду щодо застосування ст. 364 Кримінального кодексу України. У постановочному плані розглянуто положення про те, що традиційно-ретроспективне застосування правових позицій Верховного Суду в окремих ситуаціях може призводити до порушення принципу правової визначеності.

Ключові слова: кримінальне право, практика Європейського суду з прав людини, джерела кримінального права, верховенство права, принцип правової визначеності, тлумачення кримінального закону, кримінально-правова кваліфікація, корупційні кримінальні правопорушення, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

PROBLEMS OF CRIMINAL LAW COUNTERACTION TO CORRUPTION BASED ON THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Oleksandr Dudorov,
Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of Criminal Law Policy
and Criminal Law of the Educational and Scientific Institute of Law
at Taras Shevchenko Kyiv National University,

Kyiv, Ukraine

Konstantin Zadoya,
Candidate of Law, Associate Professor,
Professor of the Department of Criminal Law Policy
and Criminal Law of the Educational and Scientific Institute of Law
at Taras Shevchenko Kyiv National University,
Kyiv, Ukraine

The article is devoted to clarifying the specifics of taking into account the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) as a source of criminal law of Ukraine in the criminal law assessment of corrupt acts. The research is based on the author's evaluation of materials from certain high-profile criminal proceedings.

The paper highlights the peculiarities of the legal nature of ECtHR judgments and their criminal law significance. It examines the Court's practice related to the interpretation and application of Article 7(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which enshrines the principle of legality. Referring to the relevant ECtHR case law, the article reveals the essence and importance of the Convention's requirement of foreseeability of a person's conviction under the law *in concreto.*

The indictment of the former Chairman of the Management Board of the public joint-stock company "National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine," A. Koboliev, for committing the crime provided for in Part 5 of Article 191 of the Criminal Code of Ukraine is analyzed. It is argued that convicting this person, whether for direct or indirect misappropriation of another's property by abusing official position, would constitute a violation of the Convention's requirement of foreseeability of conviction under the law.

Using the "Solvar case" as an example, which raised the issue of criminal law qualification of unlawful receipt by Members of the Ukrainian Parliament of compensation for housing rent or hotel accommodation, and involving ECtHR practice, it is established that within this law enforcement situation there are also grounds to speak of a violation of the Convention's requirement of foreseeability of conviction under the law.

The conclusion of the Grand Chamber of the Cassation Criminal Court of the Supreme Court regarding application of Article 364 of the Criminal Code of Ukraine is critically assessed. From a general standpoint, the paper considers that the traditionally retrospective application of Supreme Court legal positions in certain situations may lead to a violation of the principle of legal certainty.

Keywords: criminal law, case law of the European Court of Human Rights, sources of criminal law, rule of law, principle of legal certainty, interpretation of criminal law, criminal law qualification, corruption-related criminal offenses, misappropriation of another's property through abuse of office.

Постановка проблеми. Протягом останніх 20 років проблематика протидії корупції в Україні перебуває (значною мірою під впливом євроінтеграційних процесів і політичних чинників) у сфері посиленої уваги з боку законодавця, правничої науки, медіа, суспільства загалом. Корупція залишається надзвичайно чутливим питанням для українців, сприймається як серйозна проблема для розвитку суспільства і держави, асоціюючись з відсутністю соціальної справедливості, низьким рівнем життя, неефективною роботою органів влади, іншими негараздами. Особливо подразнюючим є це явище на тлі викликів, які постали перед Україною, яка бореться з воєнною агресією РФ. НАЗК періодично публікує звіти результатів національного опитування населення і представників бізнесу для комплексної оцінки корупційної ситуації в Україні. За даними опитування населення, протягом декількох останніх років корупція посідає одне з чільних місць (2-е або 3-е) після високої вартості життя і воєнних дій серед основних проблем, перелік яких пропонується респондентам; за даними ж опитування представників бізнесу, корупція стабільно посідає 2-е місце; так, у 2024 р. 76 % вітчизняних підприємців визнали її дуже серйозною проблемою [1, с. 7].

Для нас безспірним є те, що кримінально-правова протидія корупції має здійснюватись на засадах справедливості, з дотриманням усіх базових правових принципів, включаючи верховенство права, не підміняти справжню боротьбу з корупцією її імітацією. Одним із складників верховенства права є принцип правової визначеності, а для її забезпечення потрібна з-поміж іншого однаковість судової практики. Однак досягнути такої однаковості, а також прогнозованості судових рішень у сфері кримінально-правової протидії корупції в Україні поки що не вдається, і це не просто спостереження конкретних науковців. В Антикорупційній стратегії на 2021–

2025 роки [2], ухваленій «завдяки» російсько-українській війні, як одну з проблем, вирішенню якої має сприяти реалізація ухваленого документа, названо суперечність окремих положень кримінального законодавства України про відповідальність за корупційні делікти міжнародним стандартам у цій сфері, а так само неузгодженість вказаних положень між собою та з положеннями кримінального процесуального законодавства і Закону України «Про запобігання корупції». Очікується, зокрема, що слідча та судова практика притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень, стане передбачуваною і сталою.

Наведені формулювання прозоро натякають на те, що відповідна правозастосовна практика не є ні сталою, ні передбачуваною, і такий незадовільний стан речей, на жаль, залишається незмінним, попри зусилля розробників згаданого програмного (стратегічного) документа і тих інституцій, які його реалізують (або роблять вигляд, що реалізують).

Будучи послідовними прибічниками концепції багатоджерельності кримінального права України, визнаючи практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) беззаперечним джерелом вітчизняного кримінального права і розуміючи, що ексклюзивна функція кримінального закону (зокрема, у частині підстав кримінально-правової кваліфікації і застосування кримінально-правових заходів) поступово втрачається і частково переходять до інших джерел, водночас мусимо констатувати, що суди при застосуванні матеріального кримінального закону нерідко зловживають посиланнями на практику ЄСПЛ. Цитування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) і рішень ЄСПЛ набуває все більших обертів у судовій практиці України, однак далеко не завжди формальне згадування ЄКПЛ і рішень ЄСПЛ можна назвати виправдним, коректним і доречним. Суголосно висловлюється суддя Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС і ВС, відповідно) А. Бущенко, який зазначає, що свого часу, коли він говорив про застосування ЄКПЛ, то справляв

враження міського божевільного. На сьогодні ж від повного заперечення ми прийшли до бездумного і зайвого цитування практики ЄСПЛ. Шкода, однак, що не всі судді знають цю практику, а тому застосовують її вибірково, не розуміючи контексту. Правник дотепно резюмує: складається враження, що ЄСПЛ замінив обком партії [3]. Аналіз національної судової практики свідчить про низку проблем, пов'язаних із фрагментарним, нечітким, неповним і подекуди помилковим викладенням судами правових позицій ЄСПЛ стосовно тлумачення принципу верховенства права, що свідчить про низький якісний стан застосування національними судами практики ЄСПЛ при розгляді кримінальних справ [4, с. 86]. Практика кримінально-правової протидії корупції демонструє також непоодинокі приклади, коли правові позиції ЄСПЛ безпідставно не враховуються судами.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Різноманітні аспекти практики ЄСПЛ як джерела кримінального права України досліджувались такими українськими науковцями, як П. Андрушко, Л. Брич, В. Березняк, О. Горпинюк, О. Денькович, В. Завгородній, О. Ільїна, О. Кузембаєв, О. Рябчинська, О. Сорока, Ю. Суржик, М. Хавронюк, С. Хилюк, Ю. Хім'як та ін. Звертались до обраної проблематики й автори цих рядків, вивчаючи питання кримінально-правової оцінки подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у спосіб, що не передбачений законом (у паперовому вигляді, а не в електронному вигляді на офіційному веб-сайті НАЗК), що передбачало звернення до практики ЄСПЛ у частині тлумачення і застосування ст. 8 ЄКПЛ, яка гарантує право на повагу до приватного і сімейного життя, до житла людини та її кореспонденції, і ст. 9 ЄКПЛ, яка гарантує право на свободу думки, совісті та релігії [5, с. 45–57].

Мета статті – на прикладі резонансних прикладів із судової практики (передусім «кейс Коболєва» та «кейс Сольвара») з'ясувати специфіку врахування практики ЄСПЛ при кримінально-правовій оцінці корупційних вчинків.

Виклад основного матеріалу. Передусім слід виокремити основні особливості правової природи рішень ЄСПЛ: а) такі рішення нерозривно пов'язані з відповідними положеннями ЄКПЛ (ЄСПЛ «добудовує» ЄКПЛ); б) ЄСПЛ уповноважений державами-учасницями ЄКПЛ не творити «нові» правові норми, а перевіряти практику держав (законотворчу, адміністративну чи правозастосовну) на відповідність положенням ЄКПЛ, що закріплюють права людини; в) положення ЄСПЛ відрізняються від «звичайних» правових норм, оскільки містять не правила, сформульовані за схемою «якщо матимуть місце певні юридичні факти, то настануть певні правові наслідки», а абстрактні принципи, до ефективної реалізації яких держави повинні прагнути у своїй законодавчій, адміністративній та правозастосовній діяльності; г) розглядаючи скарги про порушення гарантованих ЄКПЛ прав людини, ЄСПЛ прояснює (конкретизує) зміст цих прав [6, с. 232].

Частина положень ЄКПЛ має очевидний вплив на кримінальне право. Наприклад, це стосується її ст. 7(1), яка «підносить» принцип законності до конвенційного рівня. Відповідно до ст. 7 (1) ЄКПЛ нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення.

Попри свій доволі лаконічний зміст, ст. 7(1) ЄКПЛ містить чимало гарантій, частина з яких має текстуальний, а частина – контекстуальний характер. Безпосередньо в тексті наведеної конвенційної норми мовиться лише про гарантії, покликані захистити людину від погіршення її становища *ex post facto* (у зворотному порядку, ретроактивно): а) гарантія від засудження за дію (бездіяльність), яка на час її вчинення не була кримінальним правопорушенням за національним законом (перше речення); б) гарантія від призначення суворішого покарання, ніж те, яке підлягало

застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення (друге речення). Щоправда, згідно з практикою ЄСПЛ ст. 7(1) ЄКПЛ вимагає від держав ще й дотримання гарантій: а) доступності закону; б) передбачуваності для особи її засудження та покарання на підставі закону; в) особистої та винної відповідальності; г) *lex mitior*.

У своїй практиці ЄСПЛ послідовно впроваджує ідею передбачуваності закону *in concreto,* тобто передбачуваності для конкретної особи в конкретний момент часу її засудження за певне кримінальне правопорушення та покарання за нього з огляду на чинний в цей конкретний момент закон. При цьому має враховуватися не лише текст відповідного закону, а й попередня практика його застосування судами [7]. Вимога передбачуваності засудження особи на підставі закону *in concreto*, що якнайкраще відповідає ідеї людської гідності, на якій ґрунтується сучасне вчення про основоположні права людини, означає визнання державою того, що: 1) людина повинна мати можливість узгоджувати свою поведінку з чинними нормами кримінального права, тобто робити осмислений вибір на користь дозволеної чи забороненої кримінальним правом поведінки; 2) якщо людина не мала такої можливості, то вона не повинна бути засудженою і покараною за дію (бездіяльність), що ставиться їй у вину. Якщо, з огляду на усталене судове тлумачення положення кримінального закону, засудження особи за певну дію (бездіяльність) було для неї непередбачуваним, то це свідчить не лише про те, що держава не поважає право людини вільно визначати власну поведінку, усвідомлюючи її можливі правові наслідки, а й про те, що держава в цьому конкретному випадку засудила людину за акт поведінки, який найімовірніше не завдавав шкоди конкретному інтересу, який покликане захищати застосоване до особи положення кримінального права [8, с. 697, 711–712]. Як суголосно зазначено у Дослідженні Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційська Комісія) «Мірило правовладдя», передбачуваність з-поміж іншого означає те, що приписи акта права мають бути передбачуваними за своїми наслідками,

тобто їх має бути сформульовано з достатньою чіткістю і зрозумілістю, аби суб'єкти права мали змогу впорядкувати свою поведінку згідно з ними. Законодавчий акт, який містить норму, що не сформульована з достатньою мірою якості, а також не дає змоги особі регулювати (впорядкувати) свою поведінку та передбачати (без зайвої складності або отримавши, при потребі, відповідну консультацію) наслідки такої поведінки, не характеризується повною мірою такою ознакою як обов'язковість (не може розглядатись як «право») [9].

ЄСПЛ спеціально наголошує на тому, що чіткість тексту кримінального закону не гарантує автоматичного дотримання державою ст. 7 ЄКПЛ, оскільки її порушенням може виявитися й певне тлумачення і застосування кримінального закону національними судами [10]. У справі «*Вєренцов проти України*» ЄСПЛ учергове підкреслив, що закон відповідатиме вимозі передбачуваності, навіть якщо особа має звернутися за відповідною юридичною консультацією для того, щоб оцінити, у тій мірі, що є розумною за цих обставин, наслідки, до яких може призвести певна дія. ЄСПЛ у своїй практиці визнає, що, якби чітко не було положення сформульоване, у будь-якій галузі права, включно з кримінальним правом, існуватиме неминучий елемент судового тлумачення. Завжди існуватиме потреба у роз'ясненні нечітких норм або тих, що потребують пристосування до обставин, що змінюються [11]. Стосовно розумно передбачуваного характеру судового тлумачення, ЄСПЛ покликаний перевірити, чи міг заявник на момент подій розумно передбачити (за потреби за допомогою юриста), що йому загрожує кримінальне обвинувачення і визнання винним у певному злочині [12, с. 18].

Таким чином, із ст. 7 ЄКПЛ випливає не стільки вимога передбачуваності закону, скільки вимога передбачуваності для особи її засудження та покарання на підставі закону. Важливими показниками, які ЄСПЛ зазвичай враховує, оцінюючи передбачуваність/непередбачуваність для особи її засудження, є: а) сфера чинності правової норми, на підставі якої відбувається засудження особи (зокрема, ЄКПЛ сформулював усталену

позицію щодо представників тих професій, які повинні з великою обережністю здійснювати свою професійну діяльність: від них очікується особлива увага до зважування ризиків, пов'язаних із такою діяльністю); б) спроможність людини передбачити своє засудження за ту чи іншу дію (бездіяльність) з урахуванням можливості звернутися за юридичною консультацією [12, с. 16–17; 13]. Як бачимо, ЄСПЛ не дотримується ілюзорного підходу, згідно з яким писаний кримінальний закон має бути настільки чітким і зрозумілим, щоб його могла самотужки зрозуміти будь-яка людина без юридичної освіти.

Наприклад, у своїй практиці ЄСПЛ визнав таким, що мало непередбачуваний характер, засудження заявників за злочини проти власності. Показовою в цьому сенсі може вважатись справа *Navalnyye v. Russia*: а) у цій справі заявників було засуджено за комерційне шахрайство, зокрема у зв'язку з тим, що один із них не консультував клієнтів про можливість отримання послуг за дешевшою, ніж та, яку пропонували заявники, ціною, хоч, як зазначив ЄСПЛ, це зобов'язання не ґрунтувалося ні на умовах договорів, ні на правових нормах, що регулюють конфіденційність, добросовісність та обов'язок обачності в комерційних угодах між компаніями; б) заявникам було інкриміновано заволодіння майном з мотивів особистої вигоди, хоч, за твердженням ЄСПЛ, «деякі «мотиви особистої вигоди» можуть бути виявлені в будь-якій комерційній діяльності»; в) ЄСПЛ також відмітив, що кваліфікація отриманого заявниками прибутку від господарської діяльності як «розкраденого майна» без будь-яких застережень показала, що «межі між кримінальним злочином, інкримінованим заявникам, і звичайною комерційною діяльністю були дійсно невиразними»; г) у підсумку ЄСПЛ констатував, що «при визначенні кримінального обвинувачення проти заявників [злочин комерційного шахрайства] було розширено та непередбачувано витлумачено на їхню шкоду», і заявив, що «таке тлумачення не можна назвати таким, що відповідає суті злочину» [14].

Слід сказати, що передбачуваність витлумаченого судом закону як один із критеріїв його належної якості набуває все більшого значення й у вітчизняній судовій практиці. Наприклад, ухвалюючи виправдувальний вирок за ч. 5 ст. 191 Кримінального кодексу України (далі – КК), ВАКС із-поміж іншого вказав на те, що у практиці ЄСПЛ сформульовано підхід, відповідно до якого ті, хто чинить добросовісно на підставі права, не повинні відчувати краху надій щодо своїх легітимних очікувань. Вирішення проблем нормативного регулювання через притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які приймали рішення про надання службового житла чи про виключення житла із числа службового, суперечить як засадам поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України), так і принципу законності в кримінальному праві, який вимагає, зокрема, існування визначеного закону, який дасть змогу особі передбачати кримінально-правові наслідки своїх дій. Однією з вимог законності є передбачуваність для особи можливості настання кримінальної відповідальності за її дії. Враховуючи недоліки чинного законодавства щодо регламентації процесу надання службового житла та виключення його з числа службового, суд вважає, що покладення на керівника установи кримінальної відповідальності за реалізацію повноважень, які належним чином не регламентовані, є таким, що суперечить завданням КК [15].

Проблематика, якій присвячено нашу статтю, знову продемонструвала свою актуальність у зв’язку із розглядуваною нині у ВАКС резонансною справою колишнього голови правління публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України» (далі – НАК) А. Коболєва, обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК (отримання А. Коболєвим у 2018 р. премії у захмарному для пересічного українця розмірі 229 250 409,69 грн. за результатами відповідного арбітражного спору сторона обвинувачення трактує як заволодіння чужим майном – майном НАК). Варто одразу зауважити, що зазначена кримінально-правова кваліфікація дій обвинуваченого можлива у випадках:

1) безпосереднього вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах; 2) опосередкованого вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах.

Для відповіді на питання щодо можливості безпосереднього вчинення А. Коболєвим інкримінованого йому кримінального правопорушення слід з'ясувати особливості природи заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як різновиду кримінально караного розкрадання чужого майна.

В обвинувальному акті справедливо зазначається, що на момент вчинення інкримінованих йому дій А. Коболєв був службовою особою в розумінні ч. 3 ст. 18 КК. Однак це саме по собі автоматично не означає, що дії обвинуваченого, спрямовані на виплату йому премії у 2018 р., можна вважати проявом зловживання службовим становищем як способу заволодіння чужим майном.

У практиці ККС ВС сформувалась загалом чітка і послідовна позиція, відповідно до якої, на відміну від привласнення і розтрати, предметом альтернативного їм заволодіння чужим майном шляхом службового зловживання виступає майно, яке не ввірене винному, не перебуває в його віданні, але яким службова особа може заволодіти, бо в силу займаної посади (службового становища) наділена повноваженнями щодо управління чи розпорядження ним [16]. Підкреслюється, що у цьому разі винний може заволодіти майном, щодо якого в силу своєї посади він наділений правомочністю управління чи розпорядження через інших осіб, тобто він має певні владні повноваження щодо впливу на осіб, яким це майно ввірене чи у віданні яких перебуває [17]. ККС ВС наголошує на тому, що у випадку обвинувачення у заволодінні чужим майном шляхом зловживання службовим становищем має бути доведено, що обвинувачений мав або право оперативного управління цим майном, або владні повноваження, які давали

йому можливість впливати на осіб, яким це майно ввірене чи у віданні яких перебуває [18]. ККС ВС підкреслює, що: а) заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем характеризуються умисним, протиправним і безоплатним оберненням чужого майна на свою користь чи на користь іншої особи; б) зловживання службовим становищем як спосіб заволодіння чужим майном означає, що особа: порушує свої повноваження і використовує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції всупереч інтересам служби для незаконного безоплатного обернення чужого майна на свою користь або на користь інших осіб; незаконно дає вказівку матеріально відповідальній підлеглій особі про видачу майна; отримує майно за фіктивними документами тощо [19; 20].

Суголосні міркування знаходимо на сторінках юридичної літератури.

Так, П. Олійник додатковою ознакою предмета злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, називає те, що ним виступає майно, відносно якого службова особа має певні повноваження [21, с. 107]. М. Мельник уточнює, що, на відміну від привласнення і розтрати, для заволодіння чужим майном шляхом зловживання службової особи своїм службовим становищем основною ознакою є не наявність чи відсутність у винного певної правомочності щодо майна, яке є предметом злочину, а використання для заволодіння чужим майном офіційно наданих йому за посадою службових повноважень. Через службове зловживання винний може заволодіти майном, щодо якого в силу своєї посади він наділений правомочністю управління чи розпорядження через інших осіб, тобто винний має певні владні повноваження щодо впливу на осіб, яким це майно ввірено чи перебуває у їх віданні [22, с. 600–601].

Д. Калмиков пише, що для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, слід встановити, що службова особа використовувала надані їй владні (зокрема організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські) повноваження для заволодіння чужим майном. При цьому алгоритм вчинення злочину

виглядає таким чином: використання службовою особою наданих їй владних повноважень всупереч інтересам служби → заволодіння чужим майном [23, с. 164]. О. Цивінський конкретизує, що предметом заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем виступає майно, на яке поширюються повноваження винного через вплив на підпорядкованих працівників [24, с. 214]. В. Навроцький звертає увагу на те, що, на відміну від привласнення і розтрати, щодо заволодіння майном 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 – на те, 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. Отже, предмет доказування у кримінальних провадженнях за ч. 2 ст. 191 КК включає встановлення повноважень службової особи щодо майна, яке звертається на користь винного та інших осіб шляхом привласнення, розтрати чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем [25, с. 22].

Далі слід встановити порядок ухвалення рішення про преміювання у НАК, існуючий на момент вчинення інкримінованих обвинуваченому дій, і співвіднести їх із таким порядком. Зі змісту обвинувального акта, а також інших документів слідує, що процес прийняття рішення про виплату премії голові правління НАК відзначався багатоетапністю і передбачав участь у ньому низки незалежних суб'єктів, а звернення з відповідним запитом з боку будь-якої особи до наглядової ради НАК у цьому процесі не було визначальним. Так, згідно з ч. 1 ст. 52 Закону України «Про акціонерні товариства» до компетенції наглядової ради належить вирішення питань, передбачених цим Законом, статутом. До виключної компетенції наглядової ради належить затвердження умов контрактів, які укладатимуться з членами виконавчого органу, встановлення розміру їх винагороди (п. 9 ч. 2 ст. 52

згаданого Закону). Відповідно до його ст. 56 наглядова рада приймає рішення з питань, що належать до компетенції комітету з призначень і винагород, виключно на підставі і в межах пропозицій відповідного комітету. За змістом Положення про преміювання та Положення про наглядову раду відповідне подання передавалось на розгляд засідання комітету з призначень та винагород, члени якого були уповноважені на власний розсуд (причому без участі голови правління НАК) приймати рішення як про погодження відповідного подання, так і про його відхилення. Подання, рекомендоване до погодження комітетом з призначень та винагород, виносилось на окремий розгляд наглядової ради НАК, яка приймала самостійне рішення щодо встановлення відповідних премій. Отже, встановлення розміру винагороди членам правління та голові правління НАК належало до виключних повноважень наглядової ради НАК, а надання рекомендацій щодо розміру винагороди здійснював комітет з призначень та винагород.

Постановка питання перед наглядовою радою НАК не тягнула за собою обов'язкового його погодження цим незалежним і колегіальним органом, наділеним відповідними повноваженнями і виключною компетенцію для прийняття таких рішень. Подання про преміювання не було обов'язковим для затвердження наглядовою радою і не призводило до автоматичного встановлення премій у зазначеному в поданні розмірі. Наглядова рада як незалежний і компетентний орган НАК самостійно розглядала та приймала рішення щодо визначення розміру винагороди голові і членам правління і, відповідно, мала повноваження як затвердити розмір премії, так і не ухвалювати жодного рішення щодо преміювання.

З обвинувального акта випливає, що отримання А. Коболєвим 2018 р. премії у розмірі 229 250 409,69 грн., яке сторона обвинувачення трактує як заволодіння чужим майном (майном НАК), не стало наслідком дій, вчинених А. Коболєвим у межах його повноважень. Зокрема, з обвинувального акта прямо випливає, що весь обсяг дій, вчинених А. Коболєвим у 2018 р. у рамках його службових повноважень, який інкримінується обвинуваченому

органом досудового розслідування, включно з внесенням обвинуваченим питання про виплату йому премії на розгляд наглядовою радою НАК і видачею наказів про виплату премії, сам по собі не міг призвести до реальної виплати обвинуваченому премії. Це стало можливим лише після прийняття відповідного рішення наглядовою радою НАК 17 квітня 2018 р.

Тому немає підстав вважати, що отримання А. Коболєвим премії у 2018 р. становило заволодіння чужим майном, вчинене шляхом зловживання службовим становищем, оскільки за обставин, викладених в обвинувальному акті, отримання обвинуваченим премії не було результатом винятково його дій, вчинених у зв'язку з реалізацією службових повноважень. Навпаки, як випливає з викладеного вище, вирішальну роль для отримання А. Коболєвим премії відіграло рішення, ухвалене наглядовою радою НАК.

Аналіз положень нормативно-правових актів, якими у 2018 р. регулювався порядок преміювання членів правління НАК, дозволяє зробити висновок про те, що голова правління НАК не був наділений повноваженнями стосовно членів наглядової ради з питання встановлення розміру його винагороди. Службове становище голови правління НАК не передбачало наявності у нього повноважень щодо прийняття рішення про встановлення собі розміру премій, зловживаючи якими (повноваженнями) він міг би незаконно заволодіти відповідними грошовими коштами. А це, з огляду на згадані вище правозастосовні орієнтири і теоретичні підходи щодо особливостей безпосереднього вчинення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, унеможливлює інкримінування А. Коболєву ч. 5 ст. 191 КК.

Вирішуючи питання про правильність кваліфікації дій А. Коболєва за ч. 5 ст. 191 КК, слід зважати і на те, що теорія і судова практика єдині у тому, що правомірна поведінка особи виключає наявність в її діях складу розглядуваного злочину. Так, наголошується на тому, що відсутність протиправності вилучення майна означає, що не порушено обов'язковий основний та обов'язковий додатковий об'єкти злочину, передбаченого

ст. 191 КК; також це вказує на відсутність протиправності заволодіння майном як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу злочину [25, с. 22].

Як випливає з обвинувального акта, орган досудового розслідування вбачає в діях А. Коболєва ознаки протиправного заволодіння чужим майном у тому, що розмір виплаченої йому у 2018 р. премії перевищував граничні розміри, передбачені пп. 3 п. 1 постанови КМУ від 19 травня 1999 р. № 859 «Про умови і розміри оплати праці керівників підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств» (далі – постанова КМУ № 859). Стверджується, що А. Коболєв як голова правління НАК був зобов'язаний дотримуватись обмежень у частині визначення розміру преміювання працівників НАК, встановлених, зокрема, постановою КМУ № 859; підкреслюється також, що первісно (у 2017 р., до ухвалення «фінального» рішення в арбітражному спорі) рішення про преміювання А. Коболєва відповідало як постанові КМУ № 859, так і законам України «Про оплату праці», «Про колективні договори і угоди», Колективному договору і Статуту НАК (с. 9, 12, 15–16, 18 обвинувального акта). При цьому, однак, не враховуються щонайменше такі обставини:

а) адресатами вимог постанови КМУ № 859 є не самі керівники підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств, а особи, які з погляду трудового права є їхніми роботодавцями. П. 4 згаданої урядової постанови (і в редакціях, що були чинними впродовж 2018 р., і в чинній редакції) наголошує на тому, що персональну відповідальність за встановлення розмірів оплати праці керівників підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, об'єднань державних підприємств, утворених центральними органами виконавчої влади відповідно до законодавства, з якими укладаються контракти, несуть не самі керівники підприємств, а їхні роботодавці.

Таким чином, безпідставно оцінювати дії А. Коболєва як неправомірні, посилаючись на норми, які не були адресовані йому та, відповідно, яких він не був зобов'язаний дотримуватися;

б) пп. 3 п. 1 постанови КМУ № 859 у редакціях, чинних упродовж 2018 р., адресувався керівникам центральних органів виконавчої влади, Голові Ради міністрів АРК, керівникам місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також керівнику уповноваженого суб'єкта господарювання з управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі, які укладають контракти з керівниками підприємств, заснованих на державній власності, та об'єднань державних підприємств, утворених центральними органами виконавчої влади відповідно до законодавства, підприємств, які належать АРК, підприємств, заснованих на комунальній власності. Зміни до постанови КМУ № 859, які внесли ясність з питання, чи поширюється її дія на НАК (розширення переліку відповідних суб'єктів за рахунок *наглядових рад суб'єктів господарювання державного сектору економіки*), були внесені згодом – на підставі постанови КМУ від 5 лютого 2020 р. № 141 «Питання умов і розмірів оплати праці керівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки», тобто вже після того, як у квітні 2018 р. наглядовою радою НАК було ухвалено рішення про винагороду членів правління ради НАК за екстраординарні досягнення – остаточні результати відповідного арбітражного спору.

Динаміка змін до постанови КМУ № 859 дає підстави вважати, що станом на 2018 р. її пп. 3 п. 1 не поширювався на правовідносини щодо виплати премій керівнику НАК, що, своєю чергою, додатково не дозволяє оцінювати отримання А. Коболєвим премії у вказаному вище році як протиправне заволодіння чужим майном;

в) існуючий на момент вчинення інкримінованих дій стан правового регулювання відповідних відносин дозволяв при оплаті праці керівників відповідних суб'єктів керуватись не постановою КМУ № 859, а безпосередньо Законом України «Про акціонерні товариства», а також

локальними документами НАК, з положень яких випливає, що розмір винагороди працівників НАК на момент вчинення інкримінованих А. Коболєву дій встановлювався і затверджувався наглядовою радою НАК.

Вельми показовими в аспекті правомірності преміювання за «фінальне» рішення у Стокгольмському арбітражі є і такі обставини, «не помічені» органом досудового розслідування»: 1) акціонер НАК в особі КМУ мав повноваження і можливість скасувати рішення наглядової ради щодо виплати відповідних премій, однак цього не зробив; 2) наглядова рада НАК, укладаючи з головою правління додаткові угоди щодо виплати другого траншу премії у 2018–2019 рр., додатково визнала власне рішення і відповідальність за його прийняття; 3) контракт з головою правління НАК А. Коболєвим у 2020 р. було продовжено на новий строк за погодженням з акціонером, навіть попри наявність інформації про кримінальне провадження, розпочате у зв'язку з преміюванням працівників НАК за результатами відповідного арбітражного спору.

Якщо рішення про визначення і затвердження розміру винагород членів правління НАК за результатами арбітражного спору було правомірним, бо (як доведено вище) ухвалювалось на підставі чинного на той момент законодавства, то це у кримінально-правовій площині означає відсутність протиправності як ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 191 КК.

Оскільки твердження органу досудового розслідування про існування нормативно визначених обмежень щодо розміру премій керівникам підприємств, заснованих на державній формі власності, у 2018 р. є спірним, одна з ключових тез обвинувачення А. Коболєва – про зловживання ним службовим становищем у формі введення в оману членів наглядової ради щодо відсутності правових перешкод виплати йому премії за ектраординарні досягнення (див. про це нижче) – є сумнівною.

Законодавство, чинне на момент скоєння дій, які в обвинувальному акті дістали кримінально-правову оцінку за ч. 5 ст. 191 КК, також не обмежувало

повноваження голови правління НАК ініціювати перед його наглядовою радою питання про преміювання членів правління за наявності до того підстав.

Та обставина, що премія голови правління НАК за розміром значно відрізнялась від премії інших працівників НАК, не спростовує зроблений вище висновок про правомірність преміювання у розглядуваній ситуації.

Якщо ж поведінка наглядової ради НАК як колегіального органу в частині преміювання була правомірною, то постановка питання про преміювання перед цим органом (зокрема, з боку голови правління НАК) не може бути кримінально караним зловживанням службовим становищем, яке у складі злочину «заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем» відіграє роль способу його вчинення.

Те, що відповідно до Статуту НАК до компетенції правління віднесено з-поміж іншого попередній розгляд питань, що підлягають обговоренню, зокрема, на засіданнях наглядової ради (с. 4 обвинувального акта), – зайве підтвердження правомірності дій А. Коболєва щодо ініціювання преміювання працівників за результатами відповідного арбітражного спору.

У теорії кримінального права і судовій практиці обов’язковою ознакою заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем визнається його безоплатний характер. Стосовно тієї частини кримінальних проваджень щодо заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, які перебувають у площині трудових правовідносин, це означає, що про безоплатність заволодіння чужим майном може йтися лише тоді, коли певна особа отримувала заробітну плату (включно з премією як однією з її складових) в ситуації, коли трудова функція, за виконання якої було нараховано заробітну плату, фактично ніким не виконувалася.

Такий висновок «від зворотного» випливає, наприклад, з однієї з постанов ККС ВС, в якій суд підтвердив обґрунтованість виправдання за обвинуваченням у вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання

службовим становищем (ч. 2 ст. 191 КК) начальника метеостанції, який періодично виконував замість своєї підлеглої її трудову функцію, не оформлюючи це документально та отримуючи від підлеглої кошти, нараховані їй як заробітна плата за час, коли вона фактично не виконувала трудову функцію [26]. Ключовим аргументом, на який сперлися в цій справі суди всіх трьох інстанцій, було те, що обвинувачений реально виконував певну роботу.

З обвинувального акта випливає, що у 2018 р. А. Коболєв отримав премію за досягнення вагомих цілей, реалізацію важливих, стратегічних проектів працівниками НАК, а саме у зв'язку з винесенням трибуналом при Арбітражному інституті торгової палати у м. Стокгольм рішення в арбітражному провадженні щодо транзиту газу, яким, зокрема, було задоволено вимоги НАК про відшкодування збитків, завданих порушенням Газпромом зобов'язань щодо мінімальних обсягів транзиту газу в 2009–2017 рр. При цьому в самому обвинувальному акті не ставиться під сумнів внесок, зроблений А. Коболєвим через виконання ним трудової функції, в досягнення цього важливого для діяльності НАК результату. Сказане унеможливлює висновок про те, що отримання А. Коболєвим премії у 2018 р. становило безоплатне заволодіння чужим майном.

Продовжуючи з'ясовувати питання про обґрунтованість кваліфікації дій А. Коболєва за ч. 5 ст. 191 КК, варто згадати й аксіоматичне положення про те, що каране за цією статтею КК заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем як одне з розкрадань має місце лише за наявності прямого умислу в діях службової особи.

Наприклад, В. Борисов пише, що суб'єктивна сторона незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна, складається з трьох обов'язкових ознак – прямого умислу, корисливого мотиву і мети заволодіння чужим майном на свою користь або на користь інших осіб [27, с. 243]. Законодавець прямим визнає умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або

бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання (ч. 2 ст. 24 КК). Відповідно до цієї статті для умислу (прямого і непрямого) спільною є така інтелектуальна ознака, як усвідомлення винною особою суспільної небезпеки свого діяння. Вимагається, щоб належний суб'єкт хоча б у загальних рисах розумів те, що вчинюване ним діяння носить антисоціальний характер і здатне за своїми фактичними властивостями спричиняти шкоду відносинам, охоронюваним кримінальним законом, тобто посягати на певний об'єкт кримінально-правової охорони. Так, визнаючи особу невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366-2 КК, ВАКС вказав на те, що для інкримінування цієї заборони має бути встановлено, що особа розуміє суспільну небезпеку своєї поведінки, а не лише фактичні обставини вчиненого, які стосуються об'єкта та об'єктивної сторони складу певного кримінального правопорушення [28]. В. Діденко конкретизує, що при вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 191 чинного КК (ст. 84 попереднього КК), усвідомленням винного охоплюється, зокрема, те, що він не має права на майно, яке розкрадається [29, с. 52].

Однак фактичні обставини, які встановлені у кримінальному провадженні щодо А. Коболєва та які, зокрема, знайшли відображення в обвинувальному акті, унеможливлюють висновок про зазначене усвідомлення (розуміння). На думку органу досудового розслідування, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем у випадку з А. Коболєвим набуло вигляду ініційованого ним преміювання без законних на те підстав, а це означає, що обвинувачений усвідомлював відсутність таких підстав.

В одному з рішень ВАКС слушно зазначив, що диспозиція ч. 2 ст. 191 КК, з огляду на форму вчинення злочину, є бланкетною. Тому при засудженні за цією нормою закону України про кримінальну відповідальність потрібно чітко з'ясувати, які нормативно-правові акти порушила особа, зловживаючи своїм службовим становищем [30]. Сказане спонукає розкрити

специфіку психічного ставлення особи до вчиненого та його наслідків у складах кримінальних правопорушень, передбачених кримінально-правовими заборонами із бланкетними диспозиціями. Для таких складів усвідомлення протиправності діяння має бути невід'ємною складовою інтелектуального моменту умислу, оскільки законодавче регулювання відповідних відносин може бути настільки складним, громіздким і суперечливим, що навіть «вузькі» фахівці зазнають труднощів при з'ясуванні змісту і співвідношення відповідних приписів. Про усвідомлення суспільної небезпеки як інтелектуальну ознаку умисної форми вини у випадку, якщо особа не усвідомлює факту порушення нею вимог регулятивного законодавства, не може бути й мови.

У випадку вчинення кримінального правопорушення, передбаченого нормою КК із бланкетною диспозицію, усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння як характеристика умислу є похідним від розуміння суб'єктом протиправності своєї поведінки, визначеної регулятивним законодавством [31, с. 82–91]. М. Панов і Н. Квасневська зазначають, що при встановленні змісту вини треба довести, що, порушуючи вимоги нормативно-правих актів, які входять до змісту бланкетної диспозиції, особа хоча б у загальних рисах усвідомлювала (могла усвідомлювати), що вона вчиняє протиправні дії. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати це, кримінальна відповідальність повинна виключатись за відсутністю вини [32, с. 53]. О. Костенко переконаний у тому, що неправильне тлумачення регулятивного закону у випадку його порушення виключає вину у формі умислу, але не виключає необережність, і пропонує безпосередньо у КК регламентувати особливості встановлення вини при незнанні закону та при його неправильному застосуванні. Як приклад «правозастосовної необережності» вчений наводить ситуацію з порушенням вимог антилегалізаційного законодавства з боку призначеного за здійснення фінансового моніторингу співробітника банку, який неправильно витлумачив положення відповідного законодавства та якого безпідставно притягували до

відповідальності за вчинення умисного злочину, передбаченого ст. 209-1 КК [33, с. 75–76].

Наведені вище теоретичні судження час від часу знаходять адекватне втілення у практиці правозастосування. Зокрема, підтверджуючи правильність висновків ВАКС та Апеляційної палати ВАКС про відсутність у діях колишнього Міністра інфраструктури України складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 211 КК («кейс Омеляна»), ККС ВС із-поміж іншого вказав на невстановлення судом того, що засуджений усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння. При цьому ККС ВС спеціально підкреслив, що суд апеляційної інстанції переконливо спростував позицію обвинувачення щодо усвідомлення екс-посадовцем протиправності своїх дій, а це доводить відсутність умислу на порушення бюджетного законодавства (*тобто регулятивного, а не лише кримінального;* курсив наш – О.Д., К.З.), а отже, і суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 211 КК [34]

Таким чином, теорія кримінального права і новітня судова практика виходять з того, що, якщо обвинувачений при вчиненні інкримінованого йому діяння сумлінно помилився у певних положеннях регулятивного законодавства (зокрема, витлумачив їх не так, як це згодом зробив орган досудового розслідування), то немає підстав стверджувати, що він (обвинувачений) усвідомлював суспільну небезпеку свого діяння, звідки слідує положення про відсутність в його поведінці щонайменше умислу на порушення вимог законодавства – як регулятивного, так і кримінального.

Якщо екстраполювати наведені вище судження на дії А. Коболєва, які в обвинувальному акті кваліфіковані за ч. 5 ст. 191 КК, то висновок про відсутність умислу у діях обвинуваченого виглядає більш ніж очевидним. Адже положення нормативно-правових актів різної юридичної сили та різного рівня (закони України «Про акціонерні товариства», «Про оплату праці», «Про управління об'єктами державної власності», постанова КМУ № 859, Статут НАК, Колективний договір НАК, Положення про

преміювання працівників НАК тощо) у тих редакціях, які були чинними на момент скоєння аналізованих дій, допускали їх суперечливе прочитання (тлумачення) з питання про правомірність преміювання голови і членів Правління НАК (зокрема, в частині (не)поширення дії постанови КМУ № 859 на ситуацію преміювання, якій надається кримінально-правова оцінка в обвинувальному акті).

Отже, відсутні підстави вважати, що, з огляду на обставини, викладені в обвинувальному акті, в діях А. Коболєва вбачаються ознаки *безпосереднього* вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах. В окремій публікації авторами цих рядків було доведено, що, з огляду на обставини, викладені в обвинувальному акті, в діях А. Коболєва відсутні й ознаки *опосередкованого* вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою [35, с. 88–99].

Повертаючись до питання про врахування при кваліфікації корупційних вчинків практики ЄСПЛ як одного з джерел кримінального права, відзначимо, що можливе засудження А. Коболєва за заволодіння чужим майном шляхом зловживання владою або службовим становищем становитиме очевидне порушення вимоги передбачуваності засудження на підставі закону (ст. 7(1) ЄКПЛ). Адже:

по-перше, якщо інтерпретувати висунуте А. Коболєву обвинувачення як обвинувачення в безпосередньому вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, то засудження на основі такого обвинувачення буде непередбачуваним, оскільки воно ігноруватиме такі визнані судовою практикою України і теорією кримінального права і згадані вище ознаки складу злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК, як протиправність заволодіння чужим майном, безоплатність заволодіння чужим майном, заволодіння чужим майном з використанням службових повноважень і вчинення цього злочину з прямим умислом. Засудження обвинуваченого за таких обставин, висловлюючись мовою ЄСПЛ,

спиратиметься на тлумачення кримінального закону, яке не можна назвати таким, що відповідає суті злочину – заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем;

по-друге, якщо інтерпретувати висунуте А. Коболєву обвинувачення як обвинувачення в опосередкованому вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, то засудження на основі такого обвинувачення так само буде непередбачуваним, оскільки воно, з одного боку, ігноруватиме загальні особливості юридичної природи опосередкованого вчинення кримінального правопорушення, а, з іншого, ґрунтуватиметься на сумнівній і внутрішньо суперечливій оцінці впливу А. Коболєва на членів наглядової ради НАК.

Здійснюване ЄСПЛ тлумачення ст. 7(1) ЄКПЛ учергове демонструє свою прикладну значущість і в контексті судової практики, пов'язаної з кримінально-правовою кваліфікацією безпідставного отримання народними депутатами України компенсацій вартості оренди житла або винайму готельного номеру. Свого часу, проаналізувавши «кейс Сольвара» [36, с. 367–374], один з авторів цих рядків довів, що: а) згаданий народний обранець не використовував ані владу, ані службове становище при реалізації соціально-економічної гарантії, визначеної ст. 35 Закону України «Про статус народного депутата України» (при поданні заяви про отримання компенсації вартості винайму готельного номеру і при отриманні такої компенсації), а отже, його дії не можуть бут кваліфіковані за ст. 364 КК; б) кримінально-правове реагування на «житлово-компенсаційні» зловживання народних депутатів України (колишніх і теперішніх) має здійснюватись за допомогою норм про відповідальність за делікти проти власності: за відсутності у вчиненому ознак складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, скоєне за наявності підстав слід кваліфікувати за ст. 192 КК як заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою. Користування чужим майном без оплати і заподіяння внаслідок цього майнової шкоди характеризують саме

цей склад кримінального правопорушення (справа в тому, що кошти для винайму готельного номеру на підставі заяв Р. Сольвара протягом усього строку виконання ним депутатських повноважень безпосередньо перераховувались на рахунок Державного підприємства «Готельний комплекс «Київ»).

Однак усупереч викладеним міркуванням, а також суголосній позиції, яка знайшла відбиття у висновках членів НКР при ВС В. Навроцького, Є. Письменського та Ю. Пономаренка, об'єднана палата (далі – ОП) ККС ВС 27 листопада 2023 р. зробила такий висновок щодо застосування ст. 364 КК: зловживанням владою є протиправне використання повноважень, правомочностей і можливостей, похідних від прав, обов'язків, гарантій, а також пільг та інших благ, які безпосередньо пов'язані зі здійсненням функцій представника влади [37].

Фаховий аналіз цього правового висновку, сформульованого явно неоднозначно, має стати предметом окремої наукової розвідки, до проведення якої доцільно долучити фахівців із конституційного права, проте вже зараз очевидно, що він (висновок) означає щонайменше поширювальне тлумачення кримінального і пов'язаного з ним регулятивного законодавства. Тут зазначимо лише таке: а) гарантії не походять від депутатських повноважень, а передбачені чинним законодавством для забезпечення належної реалізації цих повноважень (гарантії уможливлюють повноваження депутата, а не навпаки); б) гарантії, використання яких справді може супроводжуватись зловживаннями, не є ні повноваженнями народного депутата України, ні фактичними можливостями, обумовленими цими повноваженнями, через що не визнаються складником влади, про зловживання якою мовиться у ст. 364 КК; в) якщо здійснення владних повноважень базується на гарантіях, то зловживання останніми – це не використання можливостей, наданих владою; г) якби у ст. 364 КК йшлося, наприклад, про *зловживання можливостями статусу* службової особи,

включаючи представника влади, з логікою ОП ККС ВС варто було б погодитись.

Так чи інакше, але формально обов'язкова, хоч і змістовно сумнівна позиція ОП ККС ВС, який за чинним законодавством покликаний забезпечувати сталість та єдність судової практики, на сьогодні вирішальним чином впливає на подальше правозастосування у розглядуваній категорії кримінальних справ [38; 39]. Як відомо, згідно з ч. 5 і ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, а також враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права.

Якщо ж поглянути на ситуацію з кримінально-правовою оцінкою дій Р. Сольвара, ясність щодо якої (будемо так вважати) внесено *post factum* завдяки зусиллям ОП ККС ВС, у світлі тлумачення і застосування ст. 7(1) ЄКПЛ, то шанси в екс-депутата «виграти справу» в ЄСПЛ, на наш погляд, вбачаються. Адже в низці своїх рішень ЄСПЛ встановив, що вимога щодо передбачуваності не дотримувалась у випадках поширювального тлумачення кримінального закону на шкоду обвинуваченому (*in malam partem*) як тоді, коли таке тлумачення випливало з непередбачуваної зміни судової практики, так і тоді, коли йдеться про тлумачення за аналогією, яке не може бути сумісним із суттю правопорушення, а також у випадках, коли мало місце широке і непередбачуване тлумачення правопорушення на шкоду обвинуваченому, несумісне з самою суттю правопорушення. З цієї точки зору ЄСПЛ може також не погодитись із притягненням до відповідальності за правопорушення, що стало наслідком розвитку судової практики, консолідованої вже після скоєння особою діянь, в яких її обвинувачують. Неузгодженій судовій практиці бракує необхідної точності для того, аби уникнути будь-яких ризиків неправомірності і дозволити кожному передбачати наслідки своїх дій [12, с. 19–20].

Якщо зважати на відсутність у минулому (до оприлюднення постанови ОП ККС ВС від 27 листопада 2023 р.) усталеної практики ВАКС із питання кримінально-правової кваліфікації «житлово-компенсаційних» зловживань народних депутатів України і належність цього питання до числа дискусійних у науці кримінального права (що, до слова, яскраво продемонструвала контраверсійність висновків членів НКР при ВС, підготовлених у справі Р. Сольвара), то послідовно обстоюване ЄСПЛ положення про неузгодженість судової практики як чинник, що може схилити шальки терезів на бік обвинуваченого Р. Сольвара, видається цілком релевантним.

Думка про те, що ретроспективне застосування правових позицій ВС може призводити до порушення принципу правової визначеності, висловлюється й у вітчизняній юридичній літературі [40]. Так, суддя Великої Палати ВС М. Мазур констатує, що судове тлумачення за замовчуванням має ретроспективну дію в часі (суди зазвичай дають оцінку правомірності тих чи інших діянь та правовідносин *post factum*, застосовуючи норми закону до подій, які вже відбулися) і водночас відзначає, що ретроспективність судового тлумачення може мати досить серйозні негативні наслідки (як передбачувані, так і непередбачувані). Для обговорення ставиться питання, чи може в принципі вважатися передбачуваним застосування закону, формулювання якого не є достатньо чіткими самі по собі, якщо усталена відповідна судова практика ще не була сформована? Запропоновано запровадити у практику ВС правила *prospective overruling*, яке передбачає можливість для суду створити новий прецедент, заявивши, що він буде застосовуватися лише до нових спорів, тоді як старі справи (зокрема ті, що перебувають на розгляді) будуть вирішуватися відповідно до попереднього прецеденту, оскільки сторони спиралися на нього як на правило поведінки [41].

З. Загиней-Заболотенко і Н. Панченко пишуть, що, якщо результат судового тлумачення більш «жорстко» інтерпретує кримінально-правову

норму, яка підлягала застосуванню на момент вчинення особою кримінального правопорушення, то він не має зворотної дії в часі. Новий результат судового тлумачення кримінально-правової норми може мати зворотну дію в часі, якщо таке тлумачення було передбачуваним для адресата кримінального закону і не порушувало його легітимні очікування чи порушувало очікування, які через конкретні причини не підлягали захисту [42, с. 692–693].

Подібним чином розмірковує П. Демчук, на думку якого, якщо певна інтерпретація правової норми відрізняється від усталеної та не повною мірою базується на буквальному розумінні правового положення (*така характеристика цілком «покриває» постанову ОП ККС ВС від 27 листопада 2023 р.*; доповнення курсивом наше – О.Д., К. П.), то слід сформулювати правовий висновок із новим підходом до тлумачення, однак не застосовувати його в цьому конкретному випадку, а вказати, що він може застосовуватись до наступних подібних ситуацій [43, с. 169]. Сумніваємось, щоправда, що це слушне загальне висловлювання згаданого дослідника гарно поєднується з іншим його (імперативним) твердженням – про те, що «суд апеляційної інстанції повинен буде врахувати позицію ВС під час перегляду справи Руслана Сольвара та засудити його за зловживання владою» [44].

Висновки. Проведене дослідження дає змогу зробити загальний висновок про те, що здійснюване ЄСПЛ тлумачення ст. 7(1) ЄКПЛ, яка закріплює принцип законності, демонструє свою прикладну значущість для вітчизняної правозастосовної практики, пов’язаної із кримінально-правовою протидією корупції. При цьому слід враховувати, що із зазначеної конвенційної норми випливає не стільки вимога передбачуваності тексту кримінального закону, скільки така, що враховує результати судового тлумачення кримінального закону, вимога передбачуваності для особи її засудження та покарання на підставі закону. Для захисту (і не лише у резонансних кримінальних провадженнях) доречним є звернення з-поміж іншого до тих рішень ЄСПЛ, в яких обстоюється положення про

неузгодженість судової практики як чинник, що засвідчує порушення принципу правової визначеності.

Оскільки традиційно-ретроспективне застосування правових позицій ВС може ставити під сумнів передбачуваність засудження особи на підставі закону, а отже, вказувати на порушення принципу правової визначеності, ця проблема потребує подальшого наукового вивчення, а в подальшому кваліфікованого законодавчого розв'язання.

Література:

1. Корупція в Україні 2024: розуміння, сприйняття, поширеність. аналітичний звіт за результатами опитування населення та бізнесу. Київ: Національне агентство з питань запобігання корупції. 2024. 146 с. URL: https://dap.nazk.gov.ua/uploads/osr-83/sources/380-111340470-67a239fc55bdd.pdf (дата звернення: 28.07.2025).

2. Про Засади державної антикорупційної політики на 2021–2025 роки: Закон України від 20 червня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2322-20#Text (дата звернення: 28.07.2025).

3. Аркадій Бущенко: «Складається враження, що ЄСПЛ замінив обком партії». *Закон і Бізнес*. 9 грудня 2022 р. URL: https://zib.com.ua/ua/154067.html#:~:text=Аркадій%20Бущенко%3А%20«Складається%20враження%2С%20що%20ЄСПЛ%20замінив%20обком%20партії»&text=«Якщо%20все%20навколо%20—%20це%20права,»%2С%20-%20зауважив%20Аркадій%20Бущенко (дата звернення: 28.07.2025).

4. Лисак А.А. Тлумачення принципу верховенства права в практиці ЄСПЛ: кримінально-правовий аспект. *Актуальні проблеми держави і права*. 2024. Вип. 102. С. 80–88.

5. Дудоров О.О., Задоя К.П., Письменський Є.О. Про віру в Бога та обов'язок подавати антикорупційну декларацію. *Кримінально-правова протидія корупції у воєнній та повоєнній Україні: матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 24 листоп. 2023 р.* / редкол.: Ю.А. Пономаренко та ін.; Коміс. з питань прав. реформи при Президентові України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса; Громад. орг. «Все-укр. асоц. кримін. права». Харків: Право, 2024. С. 45–57.

6. Кримінальне право. Загальна частина (Українсько-європейські студії): підручник: у 2 книгах / за ред. О.О. Дудорова, А.А. Стрижевської. Книга 1. Вступ до кримінального права України. Вчення про кримінальне правопорушення. Київ: Видавництво «Норма права», 2025. 824 с.

7. Постанова ЄСПЛ у справі *Saakashvili v. Georgia*, nos. 6232/20 and 22394/20, 23 травня 2024 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233761/ (дата звернення: 28.07.2025).

8. Кримінальне право. Загальна частина (Українсько-європейські студії): підручник: у 2 книгах / за ред. О.О. Дудорова, А.А. Стрижевської. Книга 2. Вчення про заходи кримінально-правового впливу. Загальна частина кримінального права європейських держав. Київ: Видавництво «Норма права», 2025. 788 с.

9. Берназюк Я. Категорія «якість закону» як складова принципу верховенства права та гарантія застосування судом найбільш сприятливого для особи тлумачення закону. *Судово-юридична газета*. 21 жовтня 2020 р. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/182593-kategoriya-yakist-zakonu-yak-skladova-printsipu-verkhovenstva-prava-ta-garantiya-zastosuvannya-sudom-naybilsh-spriyatlivogo-dlya-osobi-tlumachennya-zakonu (дата звернення: 28.07.2025).

10. Постанова ЄСПЛ у справі *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* [ВП], no. 15669/20, 26 вересня 2023 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-227636 (дата звернення: 28.07.2025).

11. Справа «*Вєренцов проти України*» (Заява № 20372/11). ЄСПЛ. 11 квітня 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945#Text (дата звернення: 28.07.2025).

12. Довідник із застосування статті 7 Європейської конвенції з прав людини. Ніякого покарання без закону: принцип встановлення законом кримінальних правопорушень і покарань. Оновлено 31 серпня 2024 року. URL: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_ukr (дата звернення: 28.07.2025).

13. Постанова ЄСПЛ у справі *Pessino v. France*, no. 40403/02, 10 жовтня 2006 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77359 (дата звернення: 28.07.2025).

14. Постанова ЄСПЛ у справі *Navalnyye v. Russia*, no. 101/15, 17 жовтня 2017 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-177665 (дата звернення: 28.07.2025).

15. Вирок ВАКС від 6 квітня 2023 р. у справі № 761/8517/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110048566 (дата звернення: 28.07.2025).

16. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 лютого 2019 р. у справі № 456/1181/15-к. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/80181431 (дата звернення: 28.07.2025).

17. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 14 вересня 2023 р. у справі

№ 503/700/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/113560996 (дата звернення: 28.07.2025).

18. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 16 квітня 2024 р. у справі № 404/6810/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118558646 (дата звернення: 28.07.2025).

19. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10 жовтня 2024 р. у справі № 748/1359/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/122384635 (дата звернення: 28.07.2025).

20. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 грудня 2024 р. у справі № 464/3224/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/123678737 (дата звернення: 28.07.2025).

21. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2010. 20 с.

22. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.

23. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. 448 с.

24. Цивінський О.І. Відповідальність за заволодіння чужим майном, вчинене службовою особою, за кримінальним правом України: дис. … докт. філософії: 081 «Право». Львів, 2023. 310 с.

25. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 464 с.

26. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 серпня 2020 р. у справі № 433/383/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90906061 (дата звернення: 28.07.2025).

27. Борисов В.І. Кримінальні правопорушення проти власності: об’єкт, предмет та види. Характеристика незаконних корисливих діянь, пов’язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1. С. 227–245.

28. Вирок ВАКС від 16 березня 2023 р. у справі № 991/174/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109666619 (дата звернення: 28.07.2025).

29. Диденко В.П. Квалификация хищений государственного или общественного имущества путем присвоения, растраты ли злоупотребления служебным положением: учеб. пособие. Киев: Украинская академия внутренних дел, 1992. 80 с.

30. Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 11 лютого 2020 р. у справі № 517/639/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87573700 (дата звернення: 28.07.2025).

31. Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю. *Право України*. 2011. № 9. С. 82–91.

32. Панов М., Квасневська Н. Кваліфікація злочинів при бланкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність. *Право України*. 2010. № 9. С. 47–54.

33. Костенко О. Необережність при застосуванні закону: «біла пляма» в праві? *Юридичний журнал.* 2006. № 5. С. 75–76.

34. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 березня 2023 р. у справі № 991/9129/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110010448 (дата звернення: 28.07.2025).

35. Дудоров О.О., Задоя К.П. Про опосередковане вчинення кримінального правопорушення (на прикладі «кейсу Коболєва»). *Протидія злочинності в умовах довготривалої війни:* збірник матеріалів Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Харків, 20 травня 2025 р.). Харків: Юрайт, 2025. С. 88–99.

36. Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації зловживання владою або службовим становищем (на прикладі кримінально-правової оцінки безпідставного отримання народним депутатом України компенсації вартості оренди (винайму) житла). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. С. 367–374.

37. Постанова об’єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 листопада 2023 р. у справі № 991/3966/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/115409272 (дата звернення: 28.07.2025).

38. Вирок ВАКС від 16 квітня 2024 р. у справі 991/4634/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118379513 (дата звернення: 28.07.2025).

39. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19 грудня 2024 у справі № 991/6481/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/123949399 (дата звернення: 28.07.2025).

40. Скрипник Д. Щодо дії в часі правових позицій Верховного Суду в кримінальному провадженні. 8 травня 2024 р. URL:

https://justtalk.com.ua/post/schodo-dii-v-chasi-pravovih-pozitsij-verhovnogo-sudu-v-kriminalnomu-provadzhenni (дата звернення: 28.07.2025).

41. Мазур М. Принцип правової визначеності та зміни судової практики. 9 квітня 2025 р. URL: https://protocol.ua/ua/printsip_pravovoi_viznachenosti_ta_zmini_sudovoi_praktiki/ (дата звернення: 28.07.2025).

42. Загиней-Заболотенко З.А., Панченко Н.М. Можливість зворотної дії результатів судового тлумачення кримінального закону в контексті його правової визначеності. *Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство»*. 2024. № 5. С. 688–693.

43. Демчук П.В. Законність як елемент принципу верховенства права у кримінальному праві: монографія. Київ: Ваіте, 2025. 212 с.

44. Демчук П. Нардепи та зловживання житловими гарантіями: що вирішив Верховний Суд? 26 січня 2024 р. URL: https://justtalk.com.ua/post/nardepi-ta-zlovzhivannya-zhitlovimi-garantiyami-scho-virishiv-verhovnij-sud (дата звернення: 28.07.2025).