

Джерело:

Дудоров О.О., Задоя К.П. Окремі правові позиції Касаційного кримінального суду Верховного Суду щодо кваліфікації злочинів у сфері службової діяльності (науковий аналіз). *Практика Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду: доктринальні підходи та прикладні аспекти: збірник наукових праць / за ред. Н.О. Антонюк*. Київ: ВАІТЕ, 2026. С. 116–186.

ОКРЕМІ ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЩОДО КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ (НАУКОВИЙ АНАЛІЗ)

Олександр Дудоров,

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
член Науково-консультативної ради при Верховному Суді,

Костянтин Задоя,

кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Вступ. В Антикорупційній стратегії на 2021–2025 роки ¹ один з очікуваних результатів, який має (мав) бути досягнутий завдяки реалізації цього програмного документа, визначено таким чином: слідча та судова практика притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних

¹ Про Засади державної антикорупційної політики на 2021–2025 роки: Закон України від 20 червня 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2322-20#Text>

правопорушень, є передбачуваною і сталою, зокрема завдяки узагальненню правозастосування. Таке формулювання прозоро натякає на те, що відповідна правозастосовна практика на сьогодні не є ні сталою, ні передбачуваною, і це, на жаль, частково відповідає дійсності. У Державній антикорупційній програмі на 2023–2025 роки (далі – ДАП), затвердженій постановою Кабінету Міністрів України від 4 березня 2023 р. № 220, у розвиток наведеного законодавчого положення мовиться про здійснювані Верховним Судом (далі – ВС) і Вищим антикорупційним судом (далі – ВАКС) узагальнення судової практики у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов’язаних з корупцією кримінальних правопорушень, а у вихідних даних щорічних «антикорупційних» оглядів від ВС² зазначається, що ці огляди підготовлені «за результатами проведення узагальнення судової практики касаційної інстанції» на виконання відповідного положення ДАП.

Одразу вимушені зауважити, що документи на кшталт згаданих оглядів, попри властиві їм інформаційну корисність і структурованість, а також сумлінність їхніх укладачів, навряд чи спроможні замінити повноцінні (справжні) узагальнення судової практики і забезпечити омріяну розробниками Антикорупційної стратегії-2025 і ДАП передбачуваність і сталість судової практики. Незважаючи на передбачену законодавством (п. 10-2 ч. 2 ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») можливість надання Пленумом ВС за результатами узагальнення судової практики роз’яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства, ВС нині задля забезпечення однаковості судової практики використовує інші інструменти, зокрема, систематизує та забезпечує

² Огляд судової практики Верховного Суду у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов’язаних з корупцією кримінальних правопорушень. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2022 рік / Упоряд.: відділ аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду управління аналітичної допомоги касаційним судам та Великій Палаті Верховного Суду департаменту аналітичної та правової роботи; заступник голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду канд. юрид. наук Антонюк Н.О. Київ, 2023. 60 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Oglyad_VS_korup_pravoporush.pdf; Огляд судової практики Верховного Суду у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов’язаних з корупцією кримінальних правопорушень. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2023 рік / Упоряд.: управління аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду департаменту аналітичної та правової роботи; заст. голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду к. ю. н. Антонюк Н.О. Київ, 2024. 67 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/sud_pract/Oglyad_KKS_korupc.pdf; Огляд судової практики Верховного Суду у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов’язаних з корупцією кримінальних правопорушень. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2024 рік / Упоряд.: управління аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду департаменту аналітичної та правової роботи; заст. голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду д. ю. н. Антонюк Н.О. Київ, 2025. 72 с. URL: https://court.gov.ua/storage/portal/supreme/oglyady/Oglyad_VS_korupc_pravopor.pdf

Про подібні огляди, а також про згадані у ДАП узагальнення судової практики, розроблені співробітниками ВАКС, авторам цих рядків на момент підготовки наукового аналізу нічого невідомо.

оприлюднення правових позицій ВС із посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані (п. 10-1 ч. 2 ст. 46 згаданого Закону).

Варто також зазначити, що «нормодобудовча» діяльність ВС за масштабом та інтенсивністю серйозно переважає «нормодобудовчу» діяльність Верховного Суду України (далі – ВСУ), оскільки здійснюється ВС у рамках касаційного перегляду судових рішень у кримінальному провадженні, який має характер «конвеєру», а не в рамках специфічної процедури прийняття постанов Пленуму ВСУ, що була подібною радше до законотворчої процедури, ніж до судової діяльності, та не в рамках процедури перегляду судових рішень ВСУ як четвертою інстанцією, що мала вкрай обмежений і точковий характер. І такий формат судової «добудови» кримінального права (вкупі, звісно, з іншими чинниками, включаючи передусім поточний стан кримінального законодавства) не може не відбиватися на її якості. До найбільш показових тенденцій у формулюванні правових позицій ВС із кримінально-правових питань С. Шапченко небезпідставно відносить: 1) розширення кола джерел кримінального права як орієнтирів при виробленні конкретної правової позиції; 2) збільшення «питомої ваги» теоретичної складової при обґрунтуванні відповідної правової позиції; 3) формулювання суперечливих правових позицій щодо вирішення однотипних кримінально-правових ситуацій; 4) невизначеність правових позицій з питань, які мав вирішити ВС у конкретному кримінальному провадженні; 5) проблемність або сумнівність змісту окремих правових позицій ВС при вирішенні питань кримінально-правового характеру³. Перераховані неоднозначні тенденції частково простежуються й у правових позиціях Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі – ККС ВС) щодо кваліфікації злочинів у сфері службової діяльності, окремим з яких (позицій) присвячено цей науковий аналіз⁴.

Основний зміст. Значна увага у практиці суду касаційної інстанції звертається на питання визначення суб'єктного складу розглядуваних кримінальних правопорушень.

Так, з огляду на те, що практика місцевих та апеляційних судів у частині ***(не-)віднесення державних реєстраторів до службових осіб***, спроможних

³ Шапченко С.Д. Правові позиції Верховного Суду як індикатори окремих тенденцій вітчизняної судової практики при вирішенні питань кримінально-правового характеру. *Пам'яті професора П.С. Матишевського: збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Питання кримінального права у правових позиціях судів України» (7 березня 2024 року)* / упоряд. А.А. Стрижевська, С.Д. Шапченко, К.П. Задоя. Київ, 2024. С. 4–25

⁴ Дотично нижче висвітлюватимуться проблемні питання кваліфікації і деяких інших кримінальних правопорушень, зокрема у сфері професійної діяльності з надання публічних послуг.

нести відповідальність, зокрема, за ст. 367 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Службова недбалість», є суперечливою, складно переоцінити значущість відповідних правових позицій ККС ВС. У цьому сенсі викликають інтерес такі його рішення.

У першому з них вирішувалось питання про правильність кваліфікації дій Особи-7, приватного нотаріуса Харківського міського нотаріального округу Харківської області, засудженої за ч. 2 ст. 367 КК за неналежне виконання нею як державним реєстратором своїх службових обов'язків. У касаційній скарзі захисник Особи-7 вказав на те, що згідно з п. 1 примітки ст. 364 КК приватний нотаріус не відноситься до службових осіб, а тому є не суб'єктом складу злочину «службова недбалість», а особою, яка надає публічні послуги. Крім того, на думку захисника, висновки місцевого та апеляційного судів про те, що під час реалізації функцій держави у частині державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень приватні нотаріуси перебувають у статусі службової особи є безпідставними, бо не узгоджуються з положеннями ст. 18 КК.

Спростовуючи викладену позицію захисника і підтверджуючи правильність засудження Особи-7 за ст. 367 КК, ККС ВС зазначив, що приватний нотаріус Особа-7 під час вчинення дій щодо оформлення державної реєстрації за потерпілою особою права власності на нерухоме майно виконувала повноваження, делеговані їй законами України «Про нотаріат» і «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Стверджується, що державним реєстратором є посадова особа, яка діє від імені держави, представляє її інтереси і наділяється владними повноваженнями щодо внесення відповідних записів до реєстрів. Зроблено висновок про те, що нотаріуси (як приватні, так і державні), хоч і не є суб'єктом владних повноважень у класичному розумінні цього поняття, однак у своїй діяльності реалізують функції держави в частині державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяження, а отже, здійснюють відповідні (делеговані) повноваження, надані їм державою у встановленому законом порядку⁵.

Іншою своєю постановою ККС ВС, задовольнивши касаційну скаргу прокурора і призначавши новий розгляд у суді апеляційної інстанції, скасував виправдувальний вирок, винесений щодо Особи-7, державного кадастрового реєстратора відділу Державного земельного кадастру

⁵ Постанова колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 лютого 2025 р. у справі № 643/3313/21. *Верховний Суд. База правових позицій*. URL: <https://lpd.court.gov.ua/legal-position/11830/document/46836>

Управління Держземагентства у Вишгородському районі Київської області. Органом досудового розслідування Особа-7 обвинувачувалася у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 367 КК. ККС ВС вирішив, що за обставин цього кримінального провадження для встановлення наявності/відсутності в інкримінованому Особі-7 діянні складу службової недбалості слід з'ясувати, зокрема: чи пов'язана державна реєстрація земельної ділянки у Державному земельному кадастрі, що регулюється профільним законодавством, з подальшим вибуттям її із земель комунальної власності, тобто чи перебувають інкриміновані Особі-7 діяння у причинному зв'язку з настанням суспільно-небезпечних наслідків; чи було на Особу-7 покладено обов'язок щодо перевірки проєкту землеустрою на предмет його погодження у відповідному відділі архітектури та містобудування перед здійсненням державної реєстрації земельної ділянки в Державному земельному кадастрі. З-поміж іншого ККС ВС звернув увагу на те, що Особа-7 здійснила реєстрацію земельних ділянок у Державному земельному кадастрі, тобто вчинила юридично значущу дію, внаслідок чого земельним ділянкам було присвоєно кадастрові номери, і вони набули статусу об'єктів цивільних прав. Така реєстрація земельних ділянок була однією з обов'язкових законодавчих передумов для ухвалення сільською радою про затвердження проєктів землеустрою щодо відведення земельних ділянок, що потягнуло їх відчуження з комунальної у приватну власність⁶.

При цьому (судячи з тексту постанови) належність державного кадастрового реєстратора до числа службових осіб у кримінально-правовому сенсі, на думку суддів ККС ВС, є доконаним фактом, що не потребував аргументації. До речі, це саме зауваження буде доречним стосовно ще однієї постанови ККС ВС, винесеної стосовно Особи-1, головного спеціаліста Відділу державної реєстрації речових прав на нерухоме майно реєстраційної служби Львівського міського управління юстиції⁷, яка обвинувачувалася у

⁶ Постанова колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 січня 2025 у справі № 363/2525/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/124904838>

⁷ Таке, що заплутує правозастосувачів, застереження «яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування» потребує виключення з ч. 1 ст. 365-2 і ч. 1 ст. 368-4 КК, оскільки цими нормами встановлено відповідальність за зловживання осіб, які виступають як певні професіонали (здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг), а не як представники державних органів чи органів місцевого самоврядування.

Хоч законодавство передбачає певні відмінності в правовому регулюванні трудової діяльності, наприклад, експертів, які працюють в державних та приватних установах, однак, перші з них при здійсненні власне експертної діяльності (експертизи) жодним чином не використовують свій інший правовий статус – статус державних службовців. Отже, потреби передбачати у статтях 365-2 та 368-4 КК негативну ознаку «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування» насправді немає (див.: Задоя К.П. Висновок щодо узгодженості між собою положень Кримінального кодексу України, Закону України «Про

тому, що як державний реєстратор скоїла службову недбалість. ККС ВС визнав кваліфікацію вчиненого Особою-1 за ч. 2 ст. 367 КК неправильно⁸, однак через відсутність ознак не суб'єкта злочину, передбаченого цією нормою, а об'єктивної сторони складу службової недбалості.

Звертає на себе увагу та обставина, що, якщо у постанові від 13 лютого 2025 р. ККС ВС аргументує визнання державного реєстратора службовою особою – «некласичним» представником влади, то у постанові ККС ВС від 27 січня 2025 р. віднесення державного реєстратора до службових осіб пов'язується з тим, що здійснена ним реєстрація земельних ділянок у Державному земельному кадастрі є юридично значущою дією. Створюється враження, що у цьому разі мається на увазі вже інша правова підстава віднесення державного реєстратора до числа службових осіб – виконання ним організаційно-розпорядчих повноважень, пов'язаних не з управлінням підлеглими (колективом, галуззю, органом, установою), а з наділенням інших осіб правами й обов'язками, зміною обсягу цих прав та обов'язків або їх припиненням. Однак ця обставина перебуває поза площиною тих функцій (владних, організаційно-розпорядчих, адміністративно-господарських), які визначають статус службової особи. Юридично значущі дії впродовж свого життя багаторазово вчиняє будь-яка людина, зокрема укладаючи трудовий договір, даруючи майно, беручи шлюб чи голосуючи на виборах. Утім, навряд чи хто-небудь візьметься стверджувати, що на цій підставі кожна людина є службовою особою взагалі або щонайменше при вчиненні згаданих чи інших (подібних) юридично значущих дій. Положення ст. 18 КК не дають для цього підстав. Видається, що критерій юридичної значущості дії, до якого і сьогоднішня судова практика, і судова практика минулих років час від часу звертається (зверталася) для обґрунтування висновку про те, що певна особа належить до кола службових, є «хапанням за соломинку» в ситуації, коли конкретний суддя суб'єктивно переконаний у тому, що відповідну особу слід вважати службовою, тоді як об'єктивно закон не дає для цього достатніх підстав⁹.

запобігання корупції», Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Ред. М.І. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. П. 17. URL: <http://pravo.org.ua/img/books/files/1571912209cplr.%20coherence%20of%20legislation.pdf>.

Сказане стосується і державних реєстраторів, які нерідко є посадовими особами органів місцевого самоврядування.

⁸ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 23 січня 2020 р. у справі № 466/7075/14. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87243236>

⁹ За справедливим висловлюванням П. Андрушка та А. Стрижевської, юридично значущі дії можуть вчинятися будь-якою особою, зокрема при укладанні нею цивільно-правових угод. Такими діями є будь-які

Водночас існує практика, у межах якої суд касаційної інстанції визнає нотаріуса відмінним від службової особи суб'єктом – особою, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг. Наприклад, погодившись із висновком судів попередніх інстанцій про те, що кошти, отримані від одного з ТОВ Особою-7, приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу, не можуть вважатися неправомірною вигодою, оскільки стороною обвинувачення не спростовано, що ці гроші є оплатою за нотаріальні дії, розмір якої визначений за домовленістю між нотаріусом та юридичною особою, ККС ВС підтвердив відсутність у діях Особи-7 складів злочинів, передбачених ч. 3 ст. 368-4 і ч. 1 ст. 358 КК¹⁰. До слова, органом досудового розслідування Особи-7 ставилося у провину вчинення не лише власне нотаріальних дій, а й дій щодо внесення відомостей до відповідних державних реєстрів. Загалом належність державного реєстратора до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, є загальновизнаною обставиною і в поточній судовій практиці, і в юридичній літературі¹¹.

Системне та історичне тлумачення кримінального закону дає змогу поставити під сумнів правильність віднесення державного реєстратора до числа службових осіб у кримінально-правовому розумінні цього поняття. Видається, що, з огляду на ч. 3 ст. 18 і п. 1 примітки ст. 364 КК, особа, яка надає публічні послуги, не повинна вважатися службовою особою для цілей порушення інкримінування тієї чи іншої кримінально-правової заборони, включаючи ст. 367 КК.

Нагадаємо, що виокремлення у КК такої категорії суб'єктів, як особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання цих осіб (статті 365-2, 368-4 КК), стало однією із серйозних новел антикорупційного законодавства України. Такі законодавчі зміни з-поміж іншого були спрямовані на те, щоб об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів кримінальних правопорушень

дії, що породжують певні правові наслідки. Наведена позиція, будучи поширювальним тлумаченням кримінального закону, є відтворенням позиції вчених, які за часів існування СРСР вважали, що, крім трьох категорій зазначених у кримінальному законі службових осіб, існує ще одна категорія – це особи, які вчиняють дії, що тягнуть за собою правові наслідки (див.: Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: навч. посібник. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 180–181).

¹⁰ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17 вересня 2024 р. у справі № 757/66841/17-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/121847388>

¹¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1138.

(прирівняних до службових) тих осіб, стосовно кримінально-правової оцінки поведінки яких виникали суперечливі судження, коли в одних випадках цих осіб визнавали службовими, а в інших – ні. Чи не найбільш показовою є дискусія (епопея) з питання про (не-)належність до числа службових осіб нотаріусів¹².

Як відомо, законодавча регламентація кримінальної відповідальності осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, не позбавлена істотних недоліків. Зокрема, існує потреба у тому, щоб доповнити КК визначенням поняття «особа, яка надає публічні послуги» та відмовитися від практики розкриття змісту цього поняття у спосіб наведення відкритих і, до того ж, частково неузгоджених між собою конкретизованих переліків осіб¹³. Водночас принципово важливим є те, що кримінально-правовий статус таких «професіоналів» *de lege lata* є відмінним від статусу службової особи. Інакше кажучи, службова особа та особа, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, – поняття з різним юридичним змістом¹⁴. Ніхто не сумнівається у тому, що ч. 3 ст. 18 КК

¹² Див., зокрема: Дудоров О.О., Коломоєць Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. С. 270–271.

Узагальнивши наявні в юридичній літературі позиції, що стосуються визначення кримінально-правового статусу нотаріуса, Р. Максимович поділив їх (позиції) на декілька груп: 1) державні і приватні нотаріуси визнавалися службовими особами; 2) державних і приватних нотаріусів пропонувалося не зараховувати до службових осіб; 3) лише державні нотаріуси визнавалися службовими особами (статус приватних нотаріусів не з'ясовувався); 4) приватних нотаріусів пропонувалося розглядати як службових осіб (статус державних нотаріусів не визначався); 5) приватні нотаріуси не визнавалися службовими особами (статус державних нотаріусів не було з'ясовано); 6) державних і приватних нотаріусів пропонувалося відносити до посадових осіб (див.: Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. С. 155).

Показовим у цьому плані є також формулювання питання, поставленого через неоднозначність відповідної судової практики керівництвом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ перед членами Науково-консультативної ради цього Суду. Йшлося про те, чи є, зокрема, нотаріус суб'єктом злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК, викладеним у редакції Закону України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», а так само до набрання чинності цим Законом.

¹³ Поняттю «публічні послуги» притаманна законодавча невизначеність, що на практиці викликає серйозні труднощі з віднесенням певних категорій професіоналів до числа осіб, які здійснюють діяльність з надання публічних послуг, та, як наслідок, із кваліфікацією кримінально караних діянь цих суб'єктів (див., зокрема: Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2014. С. 179–180; Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016. С. 177, 180; Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: монографія. Друге видання. Київ: ОВК, 2017. С. 177–178; Перешивко О.С. Кримінальна відповідальність за підкуп особи, яка надає публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. С. 143, 213).

¹⁴ Якщо чинний КК принципово розмежовує «публічних» службових осіб (пункти 1, 2 примітки ст. 364 КК) та осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг (статті 365-2, 368-4 КК), то у проєкті нового КК України (п. 52 ч. 2 ст. 1.1.1) поняттям публічної службової особи пропонується охопити й особу, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, тобто особу, яка відповідно до закону та на підставі ліцензії, включення до реєстру, публічного договору чи рішення

допускає можливість здійснення функцій, зокрема, представника влади за спеціальним повноваженням. Однак пряме законодавче віднесення державного реєстратора до окремої категорії суб'єктів кримінальних правопорушень – осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, робить дискусію з питання, чи має державний реєстратор владні повноваження, недоречною.

Далі. У ч. 2 чинної редакції ст. 358 КК йдеться про складання, видачу, зокрема, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, завідомо підроблених офіційних документів, а так само про підроблення такими суб'єктами офіційних документів з метою їх використання або збуту. З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що, оскільки законодавець виокремив осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, у самостійний вид суб'єктів злочинів, то кваліфікація підроблення офіційних документів особою, яка надає вказані послуги, не може здійснюватися за ст. 366 КК, оскільки суб'єктом злочину, передбаченого цією статтею, є службова особа¹⁵.

Розцінюємо положення ч. 2 ст. 358 КК як ще одну законодавчу підказку на користь обстоюваного нами висновку про безпідставність віднесення державних реєстраторів до числа службових осіб.

Ба більше: такої ж думки дотримуються й окремі судді ККС ВС. В одній з постанов цього Суду, в якій вирішувалося питання про правильність кваліфікації поведінки державного реєстратора сільської ради і призначення їй додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, вельми розлого розкривається кримінально-правовий статус

адміністративного органу надає публічні послуги, що створюють правові наслідки для інших осіб (нотаріус, приватний виконавець, оцінювач, незалежний посередник, член трудового арбітражу, суб'єкт державної реєстрації прав, третейський суддя, судовий експерт, спеціаліст у кримінальному провадженні чи судовому процесі тощо) (див.: Кримінальний кодекс України. Контрольний текст проєкту (станом на 14.01.2026 року). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2026/02/09/kontrolnyj-proyekt-kk-14-01-2026.pdf>).

Пропоновану «інтеграцію» можна оцінювати по-різному, що є темою окремої розмови. Проте для авторів цих рядків безспірним є те, що і така ініціатива, й інші подібні кроки щодо уточнення (розширення) меж криміналізації неправомірної поведінки осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, – справа законодавця, а не правозастосувача (навіть ККС ВС – за всієї до нього поваги).

«... Якщо суд почне своїми рішеннями змінювати зміст кримінального закону, щоб той став більш пропорційним, то фактично це призведе до перебирання судом на себе повноважень законодавця» (див.: Антонюк Н.О. Диференціація кримінальної відповідальності у кримінальному праві України: монографія. Київ: Алерта, 2023. С. 124, 125). Хіба визнання державного реєстратора службовою особою – суб'єктом службової недбалості не означає перебирання ККС ВС на себе повноважень законодавця?

¹⁵ Рябенко М. В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2016. С. 97.

державного реєстратора, відмінний від статусу службової особи. У постанові ККС ВС зазначено, що аналіз тексту КК дає змогу зробити висновок про розмежування законом про кримінальну відповідальність понять «особа, яка надає публічні послуги» (до них закон відносить, зокрема, державного реєстратора, суб'єкта державної реєстрації прав) і «посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських або організаційно-розпорядчих функцій». Правильність позиції, згідно з якою чинне законодавство розрізняє осіб, які надають публічні (адміністративні) послуги, та осіб, які займають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, підтверджується зверненням до положень законів України «Про адміністративні послуги» та «Про запобігання корупції». Обвинувальний акт не містить вказівки на будь-які обставини, які б підтверджували те, що обвинувачена, крім надання публічних послуг, виконувала ще й адміністративно-господарські обов'язки з управління або розпорядження державним, колективним чи приватним майном або організаційно-розпорядчі обов'язки із здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Врешті-решт, ККС ВС вирішив, що суди першої та апеляційної інстанції зробили помилковий висновок про те, що надання публічних послуг з реєстрації нерухомого майна та їх обтяжень є таким, що саме по собі пов'язане з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій¹⁶.

De lege ferenda ст. 367 КК потребує вдосконалення у спосіб розширення описаних у цій забороні меж протиправної поведінки; коло спеціальних суб'єктів службової недбалості варто розширити за рахунок осіб, які надають публічні послуги, що сприятиме більш точній кримінально-правовій оцінці діянь, зокрема, тих державних реєстраторів, які порушують порядок вчинення реєстраційних дій через необережність. Тому конструктивною слід визнати пропозицію С. Рак уточнити і назву, і диспозицію ст. 367 КК із тим,

¹⁶ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 жовтня 2019 у справі № 283/110/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85412824>

Сказане, щоправда, не означає, що, наприклад, нотаріус не може визнаватися службовою особою. Так, відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону України «Про нотаріат» державну нотаріальну контору, що є юридичною особою, очолює завідувач, який призначається з числа осіб, які мають свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю. Як наслідок, завідувач державної нотаріальної контори виконує організаційно-розпорядчі (щодо співробітників контори) та адміністративно-господарські (щодо майна контори) повноваження, і в цій частині є службовою особою юридичної особи публічного права з усіма правовими наслідками, що з цього випливають.

щоб вона передбачала відповідальність як за службову недбалість, так і за недбалість особи, яка надає публічні послуги¹⁷. Подібним чином розмірковує Т. Січевлюк-Врублевський, на думку якого кримінальна відповідальність за невиконання чи неналежне виконання тим, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення, в Україні нині не передбачена. Такий стан речей слушно розцінюється як прогалина кримінально-правової охорони порядку суспільних відносин, що полягають у наданні того чи іншого виду публічних послуг, адже шкода від такої протиправної діяльності може виявитися істотною. Для усунення цієї прогалини пропонується доповнити КК окремою заборонаю – ст. 367-1 із назвою «Професійна недбалість осіб, які надають публічні послуги»¹⁸.

Ми погоджуємося з тим, що відсутність законодавчої підстави кримінальної відповідальності за професійну недбалість, зокрема державного реєстратора є притаманним чинному КК недоліком, однак усунення останнього не повинне здійснюватися у спосіб судової «добудови» кримінального права, бо це межує із забороненим ч. 4 ст. 3 КК застосуванням закону про кримінальну відповідальність за аналогією¹⁹.

Одним із дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики службових і «дотичних» до них злочинів, щодо якого ККС ВС протягом останніх декількох років висловлювався неодноразово, є **кваліфікація неправомірної (корупційної) поведінки викладачів**.

Так, констатувавши неправильне застосування судами першої й апеляційної інстанцій закону про кримінальну відповідальність, ККС ВС скасував виправдувальний вирок одного з районних судів Львівської області та ухвалу Львівського апеляційного суду, винесені щодо доцента кафедри машинобудування факультету механіки та енергетики Львівського національного аграрного університету, обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК, і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Доцент обвинувачувався у тому, що, будучи керівником

¹⁷ Рак С.В. Кримінальна відповідальність за службову недбалість: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. С. 4–10, 14, 15.

¹⁸ Січевлюк-Врублевський Т.С. Кримінально-правова характеристика службової недбалості: дис. ... д-р філософії: 081 «Право». Київ, 2024. С. 30–32, 97, 189.

Раніше таку ж пропозицію з подібних міркувань висувала М.-М. Яциніна (див.: Яциніна М.-М.С. Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за кримінальним кодексом України (ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2021. С. 10, 134–135, 179).

¹⁹ Під аналогією закону зазвичай розуміють застосування до суспільно небезпечного діяння, що прямо не передбачене законом в момент його вчинення, статті КК, яка встановлює кримінальну відповідальність за найбільш схоже за важливістю і характером кримінальне правопорушення.

дипломного проєкту студента, одержав від нього неправомірну вигоду у розмірі 400 доларів США за виконання дипломного проєкту та сприяння його успішному захисту. У постанові ККС ВС зазначається, що відповідальність за ч. 3 ст. 354 КК настає тоді, коли особа, яка не є службовою, але працює на користь підприємства, установи, організації, отримавши неправомірну вигоду, вчинила будь-які дії, використовуючи своє становище працівника. При цьому виконання чи невиконання будь-яких дій, за які неправомірну вигоду одержано такою особою, має бути зумовлено покладеними на працівника державного підприємства, установи, організації конкретними обов'язками, визначеними нормативними актами, трудовим договором, інструкціями тощо. Районний суд визнав правомірним отримання коштів за написання дипломної роботи, водночас указавши на відсутність доказів сприяння доцентом успішному захисту дипломної роботи.

ККС ВС натомість підкреслив, що доцент як особа, яка працює на державній службі та є керівником дипломної роботи студента, володіє повноваженнями стосовно підготовки студента до захисту дипломної роботи, надає консультацію щодо її написання, вказує на наукову літературу, яку необхідно опрацювати, надає рецензію, яка може бути врахована під час захисту дипломної роботи, однак замість цього взяв у студента гроші за її написання²⁰. В «антикорупційному» огляді за 2022 р. за результатами розгляду цього кримінального провадження сформульовано висновок про те, що у разі отримання неправомірної вигоди від студента за виконання замість нього дипломної роботи та сприяння її успішному захисту перед ДЕК доцент кафедри університету є суб'єктом складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК²¹.

Викладене спонукає висловити такі критичні міркування: 1) ч. 3 ст. 354 КК сформульована таким чином, що поведінка «хабарника» – вчинення (невчинення) дій з використанням відповідного становища, за що одержується неправомірна вигода (приймається пропозиція, обіцянка неправомірної вигоди, висловлюється прохання такої вигоди) – знаходиться

²⁰ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18 жовтня 2022 р. у справі № 444/930/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106869176>

²¹ Огляд судової практики Верховного Суду у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2022 рік / Упоряд.: відділ аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду управління аналітичної допомоги касаційним судам та Великій Палаті Верховного Суду департаменту аналітичної та правової роботи; заступник голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду канд. юрид. наук Антонюк Н.О. Київ, 2023. С. 8. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Oglyad_VS_korup_pravoporush.pdf

поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого цією кримінально-правовою заборonoю; 2) у чинній редакції ст. 354 КК, яка відбиває проблему «неуправлінської» корупції, форму власності підприємства, установи, організації не конкретизовано (ст. 354 КК криміналізує активний і пасивний підкуп працівника будь-якого підприємства, установи чи організації незалежно від того, йдеться про державне, комунальне чи приватне підприємство); 3) дивно читати у рішенні ККС ВС про перебування викладачів вітчизняних вишів на державній службі; 4) одержання доцентом грошей за написання (замість здобувача освіти) дипломної роботи, попри неправомірність такої поведінки, не утворює складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК, оскільки не є одержанням неправомірної вигоди «за вчинення чи невчинення будь-яких дій з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, в установі чи організації...». Порушення викладачем вимог академічної доброчесності не слід ототожнювати з наявністю в його поведінці складу певного корупційного злочину. Інша справа, якби в юридичному формулюванні обвинувачення містилася вказівка на одержання викладачем неправомірної вигоди за невиконання обов'язків керівника дипломного проєкту та (або) нездійснення (в порушення ч. 2 ст. 42 Закону України «Про освіту») контролю за дотриманням здобувачем освіти академічної доброчесності.

Незважаючи на викладене, ми погоджуємося із ККС ВС у тому, що вчинене викладачем може кваліфікуватися за ч. 3 ст. 354 КК, адже той одержав неправомірну вигоду не тільки за написання дипломної роботи, а й за сприяння її успішному захисту перед ДЕК. Таке обіцяне сприяння цілком може бути витлумачене як використання становища, яке суб'єкт пасивного підкупу, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК, займає на підприємстві, в установі чи організації (у широкому розумінні поняття використання такого становища). Цей умовивід, на наш погляд, не може поколивати та обставина, що доцент, як зазначив суд першої інстанції, не був ані членом ДЕК, ані завідувачем кафедри і рішення щодо рішення про допуск до захисту написаного не студентом дипломного проєкту ухвалити не міг²².

Показово, що в «антикорупційному» огляді за 2022 рік розміщено стислий опис ще одного подібного за фактичними обставинами кейсу, в

²² Вирок Жовківського районного суду Львівської області від 6 грудня 2021 р. у справі № 444/930/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101665885>

якому питання кваліфікації викладацької корупції вирішувалося, щоправда, під іншим кутом. Доцентка кафедри екології охорони навколишнього середовища та збалансованого природокористування відокремленого підрозділу НУБіП України «Бережанський агротехнічний інститут» (далі – доцентка) обвинувачувалася органом досудового розслідування у тому, що вона як керівниця бакалаврської роботи студента запропонувала йому допомогу в написанні цієї роботи і повідомила, що за винагороду у розмірі 200 доларів США зможе вплинути на ДЕК. Один із районних судів Тернопільської області визнав доцентку невинуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, із чим погодився суд апеляційної інстанції, мотивувавши своє рішення, зокрема, тим, що доцентка не вчиняла і не могла вчинити вплив на членів ДЕК, сприяючи успішному захисту бакалаврської роботи, а 200 доларів США отримала від студента як винагороду за виконання такої роботи. ККС ВС вирішив ухвалу Хмельницького апеляційного суду щодо доцентки залишити без змін, а касаційну скаргу прокурора – без задоволення²³.

У згаданому огляді за результатами розгляду цього кримінального провадження сформульовано висновок про те, що ККС ВС з урахуванням об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, констатував відсутність встановлення зібраними доказами того, що неправомірну вигоду було надано доцентці саме за здійснення впливу на членів ДЕК щодо позитивного захисту бакалаврської роботи²⁴. Як бачимо, в одному і тому ж огляді подібна поведінка викладача (обіцяне сприяння захисту кваліфікаційної роботи перед ДЕК) розглядається ККС ВС у контексті кримінально-правової характеристики і підкупу працівника підприємства, установи, організації (ст. 354 КК), і зловживання впливом (ст. 369-2 КК). Різняться у наведених кейсах і підходи суду касаційної інстанції до кримінально-правової оцінки одержання викладачем неправомірної вигоди за написання ним кваліфікаційної роботи здобувача вищої освіти.

²³ Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 червня 2022 у справі № 593/903/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105036917>

²⁴ Огляд судової практики Верховного Суду у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2022 рік / Упоряд.: відділ аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду управління аналітичної допомоги касаційним судам та Великій Палаті Верховного Суду департаменту аналітичної та правової роботи; заступник голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду канд. юрид. наук Антонюк Н.О. Київ, 2023. С. 23. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Oglyad_VS_korup_pravoporush.pdf

Зауважимо і таке. Оцінюючи корупційну поведінку викладачів у наведених ситуаціях, слід було зважати (з огляду на ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») на зроблений у постанові об'єднаної палати (далі – ОП) ККС ВС висновок про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, яка, за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування²⁵. У такий спосіб ККС ВС підтвердив, що вплив, яким «торгує» суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може бути як реальним, так і удаваним, тобто поведінка суб'єкта пасивного зловживання впливом є корумпованою щонайменше суб'єктивно²⁶. У світлі сказаного показовим є, зокрема, те, що у судових рішеннях, винесених щодо доцентки, встановлено, що студент погодився на її пропозицію, усвідомлюючи, що вона, «зважаючи на займану посаду, перебуває у хороших відносинах з членами ДЕК, до повноважень яких входить прийняття рішень щодо захисту бакалаврських робіт, завдяки чому може впливати на прийняття ними рішень, у тому числі стосовно успішного захисту його бакалаврської роботи»²⁷.

Останні зміни антикорупційного законодавства, однак, унеможливають кваліфікацію аналізованої поведінки викладачів за ст. 369-2 КК, а отже, вчергове схилиють до думки про надання переваги ст. 354 КК «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації»²⁸.

²⁵ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938>

²⁶ Див. про це нижче.

²⁷ Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 червня 2022 у справі № 593/903/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105036917>

²⁸ Якщо до недавнього часу членів ДЕК із певними застереженнями можна було визнавати належними адресатами з погляду інкримінування ст. 369-2 КК (згідно з приміткою цієї статті до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, віднесено, зокрема, посадових осіб юридичних осіб публічного права, поняття яких у законодавчому порядку не розкривалося), то з моменту набрання чинності Законом України від 20 вересня 2023 р. «Про внесення змін до деяких законів України про визначення порядку подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в умовах воєнного стану» – ні. Адже нині посадовою особою юридичної особи публічного права визнається лише голова та член наглядової ради, ради директорів, виконавчого органу, комісії з припинення (комісії з реорганізації, ліквідаційної комісії), ліквідатор, керівник, заступник керівника, головний бухгалтер, корпоративний секретар такої юридичної особи публічного права, а також особа, яка здійснює повноваження одноосібного виконавчого органу, та її заступники, голова та члени іншого органу управління юридичної особи (крім консультативного), якщо утворення такого органу передбачено законом або статутом юридичної особи публічного права (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»).

Тенденція розглядати підкуп окремих категорій осіб, які здійснюють професійні функції, як підкуп службових осіб сформувалася у судовій практиці ще в радянський період. Ця тенденція ніколи не мала абсолютного характеру, однак мала чимало типових проявів. До їх числа належить і кваліфікація як підкупу службових осіб підкупу викладачів при здійсненні ними професійних функцій, хоч останні не можуть бути інтерпретовані як функції представника влади, організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Викладення в чинній нині редакції ст. 354 КК повинно було призвести до того, що відповідні прояви активного та пасивного підкупу мали б кваліфікуватися саме за цією статтею. У реальності ж згадані законодавчі зміни не зупинили практику кваліфікації підкупу окремих категорій осіб, які виконують професійні функції, як дій службових осіб, а спровокували ще більшу її неоднозначність. Як наслідок, суди кваліфікують такі прояви підкупу за статтями 354, 368-4 та 368-369 КК. Подолання проблеми відсутності однакового підходу до кваліфікації підкупу окремих категорій осіб, які виконують професійні функції, можливе у спосіб подальшого прогресивного розвитку судової практики²⁹.

В одному з кримінальних проваджень, крапку в якому поставив ККС ВС, постало «задавнене» питання³⁰ про (не-)визнання викладача, який є членом екзаменаційної комісії, службовою особою як суб'єктом корупційних злочинів. Особа-6, член екзаменаційної комісії у Правничому коледжі Львівського національного університету імені Івана Франка, обвинувачувався у тому, що, використовуючи надані на період екзаменаційної сесії організаційно-розпорядчі функції у вигляді прийняття рішень про виставлення студентам екзаменаційних оцінок із подальшим присвоєнням освітньо-кваліфікаційного рівня молодшого спеціаліста, одержав від студентки, яка не склала комплексний державний екзамен, неправомірну вигоду у вигляді 450 доларів США «за вирішення питання про позитивну здачу повторного екзамену». Вироком одного з районних судів м. Львова, залишеним без змін ухвалою Львівського апеляційного суду, Особу-6 було визнано невинуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК, і виправдано у зв'язку з недоведеністю наявності в його діях

²⁹ Задоя К.П. Узагальнення проблем застосування законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини. Ред. М.І. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. Пункти 22–24. URL: <http://pravo.org.ua/img/books/files/1571912565cplr.%20applying%20of%20anti-corruption%20legislation.pdf>

³⁰ Як влучно зауважує В. Навроцький, дискусії з приводу того, чи наділені повноваженнями службової особи працівники, які виконують певні професійні обов'язки (викладач тощо) або готують матеріали для прийняття рішень відповідними керівниками, ведуться десятиріччями (див.: Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І.Хавронюка: Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 75).

складу кримінального правопорушення, передбаченого цією нормою. Задовольняючи касаційну скаргу прокурора і призначаючи новий розгляд у суді апеляційної інстанції, ККС ВС поставив під сумнів висновок суду як першої, так й апеляційної інстанції про невизнання Особи-6 суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК. Адже обвинувачений у складі екзаменаційної комісії приймав екзамени, виставляв оцінки, тобто здійснював тимчасову діяльність, яка має організаційно-розпорядчий характер, оскільки від результатів екзаменів залежить право продовжувати навчання, право отримувати стипендію³¹.

Очевидно, що цей висновок, відтворений, зокрема, в «антикорупційному» огляді за 2023 р.³², спрямовуватиме діяльність правозастосувачів у подібних ситуаціях, а отже, буде забезпечувати певним чином однаковість судової практики. Інша справа, що не може не поставати питання, чи є підстави оцінити таку потенційну однаковість схвально. За результатами окремого наукового дослідження, приводом для проведення якого стало звернення ККС ВС до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді (далі – НКР при ВС), один з авторів цих рядків разом із Є. Письменським аргументував такі висновки з розглядуваної кримінально-правової проблеми: 1) кваліфікація корупційної поведінки викладача, яка полягає в одержанні неправомірної вигоди, має даватися на підставі ст. 354 КК; 2) при визнанні особи службовою не повинен братися до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин; 3) підхід, згідно з яким під організаційно-розпорядчими розуміються не лише «внутрішньо-службові» функції щодо управління підлеглими (колективом, галуззю, ділянкою роботи тощо), а й функції щодо наділення інших осіб правами та обов'язками, а так само щодо зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення, є поширювальним тлумаченням кримінального закону. Воно не враховує щонайменше етимології терміну «організаційно-розпорядчий», імперативу конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», а також змісту

³¹ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 листопада 2023 р. у справі № 461/3472/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115168389>

³² Огляд судової практики Верховного Суду у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2023 рік / Упоряд.: управління аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду департаменту аналітичної та правової роботи; заст. голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду к. ю. н. Антонюк Н.О. Київ, 2024. С. 22. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/sud_pract/Oglyad_KKS_korupc.pdf

чинних редакцій ст. 354 і ст. 358 КК, які дають змогу давати належну кримінально-правову оцінку зловживанням відповідних професіоналів; 4) *de lege lata* ст. 368-4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» навряд чи може стати у нагоді для потреб кваліфікації корупційної поведінки викладача³³. Підхід до кримінально-правової оцінки корупційних зловживань викладачів, які не займають адміністративних посад³⁴, має бути однаковим, і його не варто пов'язувати з реалізацією професійних повноважень вчиняти юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини³⁵.

Здобувач вищої освіти не є підлеглим по службі щодо науково-педагогічного працівника, який виставляє екзаменаційну оцінку, а тому визнання організаційно-розпорядчими функцій, здійснюваних у таких правовідносинах, не ґрунтується на ст. 18 і примітці ст. 364 КК. Такі функції є щонайбільше розпорядчими, але аж ніяк не організаційними. Зокрема, допуск здобувача освіти до сесії, переведення його на наступний курс, відрахування із закладу вищої освіти тощо належить до повноважень не викладача-екзаменатора, а адміністрації такого закладу. Проведення поточної та підсумкової атестації здобувачів є лише встановленням відповідності засвоєних ними знань, вмінь та інших компетентностей вимогам стандартів вищої освіти, через що атестація не є керівництвом здобувачами і не може визнаватися проявом організаційно-розпорядчих функцій. Викладач не лише навчає, виховує, передає знання, а й контролює їх засвоєння, і останнє не

³³ Нині має місце законодавча невизначеність поняття «публічні послуги», звідки впливає потреба обмежувального тлумачення КК у вказаній частині (див. докладніше: Дудоров О.О., Коломоєць Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. С. 259–260). До речі, В. Навроцький тезу про неприйнятність віднесення до осіб, які надають публічні послуги, тих, хто здійснює лише професійну діяльність (зокрема викладачів), пояснює тим, що ці особи «не виступають у відносинах з громадянами особами, які представляють державу, місцеве самоврядування чи їх органи, їхні дії не тягнуть правових наслідків» (див.: Навроцький В.О. Наскрізні кримінально-правові поняття: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2023. С. 349). Поділяючи позицію вченого, водночас відзначимо дискусійність наведеної ним аргументації, і це слугує зайвим аргументом на користь положення про доцільність вирішення вказаної кримінально-правової проблеми у законодавчому порядку.

³⁴ Якщо в силу посади особа виконує і професійні, виробничі або технічні функції, й організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції (головний лікар, директор школи тощо), то слід встановити, у зв'язку з якими із них перебуває вчинене особою діяння. У разі, коли зв'язок між ним та організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями відсутній (наприклад, директор школи одержав неправомірну вигоду від батьків учня за високу оцінку з дисципліни, яку він безпосередньо викладає), скоєне не може кваліфікуватися як злочин у сфері службової діяльності. За наявності відповідних підстав діяння суб'єкта може розглядатися як злочин іншого виду, наприклад, передбачений ст. 354 КК (див.: Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задої. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 9).

³⁵ Дудоров О. О., Письменський Є. О. Викладач як суб'єкт корупційних злочинів. *Вісник кримінального судочинства*. 2023. № 1–2. С. 108–119.

виходить за межі його професійної діяльності. Викладене стосується як складання атестаційного екзамену, так і проведення поточних контрольних заходів, адже несприятливі правові наслідки можливі для здобувача освіти у цих двох ситуаціях, а тому підхід до кримінально-правової оцінки зловживань викладачів має бути однаковим. Якщо ж акцентувати увагу саме на юридичних наслідках професійної викладацької діяльності, то виходить, наприклад, що викладач, який за неправомірну вигоду не фіксує відсутність студентів на семінарських і практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути недопуск до складання іспиту і відрахування із закладу освіти³⁶.

Ще й таке. Висновок ККС ВС про організаційно-розпорядчий характер діяльності викладача, який зловживає повноваженнями члена екзаменаційної комісії, не узгоджується з тим, що ККС ВС час від часу позиціонує себе як прибічника усталеної судової практики, сформованої ще ВСУ, у межах якої визнається, що організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки зі здійснення керівництва певною галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників, а адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки з управління або розпорядження майном³⁷.

З огляду на сказане, постанову ККС ВС, в якій вирішувалося питання про правильність кваліфікації дій Особи-6, навряд чи можна назвати проявом «прогресивного розвитку судової практики». З-поміж іншого привертає до себе увагу казуїстичність підходу, який знайшов відбиття у цій постанові: у ній мовиться про організаційно-розпорядчий характер саме і лише тієї поведінки викладача, який приймає іспит у складі екзаменаційної комісії. Через це не могло не поставати питання, як бути у випадках одержання неправомірної вигоди, коли викладач здійснює, так би мовити, поточно-одноособові заходи контролю чи виконує іншу професійну діяльність, результати якої фіксуються в офіційних документах, набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин і можуть тягнути несприятливі правові наслідки для здобувача освіти³⁸.

³⁶ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 230–231; Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. Львів. Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. С. 191–209.

³⁷ Див., наприклад: постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 8 вересня 2021 р. у справі № 185/2418/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99556557>

³⁸ Дудоров О.О. Викладач-корупціонер: аналіз правових позицій Касаційного кримінального суду Верховного Суду. *Вісник ЛННІ ім. Е.О. Дідоренка*. 2024. Вип. 1. С. 83–84.

І відповідь на це питання ККС ВС згодом дав, з'ясовуючи правильність кваліфікації дій Особи-8, професора кафедри організації виробництва та управління персоналом Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут», яка одержала від студентки неправомірну вигоду у вигляді грошових коштів в сумі 2500 грн за вчинення нею в інтересах цієї студентки дій з використанням наданого їй становища – за успішне складання двох предметів екзаменаційної сесії «Адміністративний менеджмент» і «Управління якістю і сертифікації продукції». У своїй постанові ККС ВС, підтверджуючи правильність інкримінування Особі-8 порушення ч. 3 ст. 354 КК, наголосив на тому, що, на відміну від ситуації, якої стосувалася згадана постанова ККС ВС від 21 листопада 2023 р., «засудженою було отримано кошти за оцінювання поточної форми контролю знань студента. За результатами здачі поточної успішності не присвоюється певний освітньо-кваліфікаційний рівень студенту. Має місце оцінювання знань студента у межах виконання викладацьких обов'язків. Викладач під час оцінювання поточної успішності знань студента не виконує організаційно-розпорядчих функцій, а тому не може вважатися службовою особою»³⁹.

Але невже від (не-)складання студентом поточного іспиту не залежить, зокрема, його право продовжувати навчання чи право отримувати стипендію? Відповідно, чому і таку поведінку викладача, результати якої фіксуються в офіційних документах і набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин, не визнавати «тимчасовим виконанням організаційно-розпорядчих функцій»? Адже і вона (так само, як поведінка викладача у складі екзаменаційних комісій, що завершується присвоєнням студенту певного освітньо-кваліфікаційного рівня) тягне за собою певні правові наслідки⁴⁰. Чому і в цьому разі не вбачати окремий випадок виконання організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками?

Позиція ККС ВС, який акцентує увагу на різних правових наслідках професійної викладацької діяльності, вбачаючи в одних випадках «тимчасове виконання організаційно-розпорядчих функцій», а в інших подібних

³⁹ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 травня 2025 р. у справі № 640/2671/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127297812>

⁴⁰ Оцінюючи постанову ККС ВС від 6 травня 2025 р., окремі дослідники слушно зауважують таке: констатація того факту, що без складання екзаменів (а складання мала забезпечити професорка) студентка не була б допущена до захисту дипломної роботи, є визнанням наявності юридичної значущості дій засудженої (див.: Ярмиш Н.М., Ангелуца Н.П. Суб'єкти окремих корупційних злочинів: складнощі розмежування. *Право. UA*. 2025. № 3. С. 106–107).

випадках – ні, видається щонайменше непослідовною. На усунення цієї вкрай небажаної непослідовності і була спрямована постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС, якою пропонувалося вирішення відповідного кваліфікації передати на розгляд Великої Палати ВС⁴¹. Погоджуючись із суддями ККС ВС у тому, що у цьому разі, вочевидь, вбачається виключна правова проблема (створена, до слова, самим судом касаційної інстанції), водночас зауважимо, що їхні міркування про різну юридичну значущість наслідків проведення кожної з форм контролю при навчанні у виші виглядають відверто казуїстичними і загалом непереконливими з причин, наведених вище.

В одній з постанов ККС ВС підтвердив правильність позиції судів нижчих інстанцій, згідно з якою член конкурсної комісії НАБУ для проведення відбору кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців у НАБУ, який є не співробітником НАБУ, а членом Ради громадського контролю при НАБУ, визнається службовою особою у розумінні п. 1 примітки ст. 364 КК. Зокрема, суд касаційної інстанції вирішив, що зазначена особа виконувала функції представника влади за спеціальним повноваженням, яким вона була наділена повноважним органом державної влади, а саме директором НАБУ, та законом, а саме Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України». Свідченням цього було визнане те, що призначення Директором НАБУ на посади державної служби, зокрема детективів і керівників структурних підрозділів, відбувається лише з кандидатів, визначених переможцями конкурсною комісією⁴².

Зроблений висновок ККС ВС суперечить уявленню про представника влади як одну з категорій службових осіб, що склалися в судовій практиці (абз. 2 п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»)⁴³. Зі ст. 10 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» (як в чинній редакції, так і в редакції, що була чинною на час вчинення засудженим інкримінованого йому діяння), якою Директор НАБУ уповноважується утворювати конкурсні

⁴¹ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 грудня 2024 р у справі № 640/2671/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123602965>

⁴² Постанова колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 7 липня 2021 р. у справі № 752/4292/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98267622>

Створюється враження, що у цьому разі ми вимушені мати справу ще з одним (використовуємо термінологію окремих суддів ККС ВС) «некласичним» представником влади.

⁴³ Про поняття представника влади йтиметься нижче.

комісії, та положень Порядку проведення відкритого конкурсу для призначення на посади у Національному антикорупційному бюро України (як чинного Порядку, так і Порядку, що був чинним на час вчинення засудженням інкримінованого йому діяння) не впливає, що члени конкурсної комісії повноважні ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості. Саме по собі призначення керівником органу виконавчої влади певної особи на посаду в цьому органі може розглядатися як прояв виконання керівником організаційно-розпорядчих функцій (функцій з управління особами, що підлегли службовій особі). Однак немає підстав вважати, що такий самий характер має внесення на розгляд керівника органу виконавчої влади створеною ним же конкурсною комісією певних кандидатур для призначення на посади. Якщо це справді так, то виявлялося б, що з певних питань керівник органу виконавчої влади підлеглий структурі, яку він сам же створив, що суперечило б давно відомій юридичній максимі *peto plus iuris*, згідно з якою ніхто не може надати більше прав, ніж має.

Починаючи з 2014 р., чимало актів українського законодавства передбачають, що зайняття певних державних посад повинно відбуватися на засадах конкурсу із залученням представників громадськості. Звісно, не можна виключати того, що на представників громадськості, залучених до роботи конкурсних комісій, може справлятися вплив особами, зацікавленими у тому, щоб конкурс завершився у бажаний для них спосіб. З боку держави було б розумним і навіть необхідним кроком стримувати такий вплив, зокрема засобами кримінального права. Утім, такий крок неминуче потребує законодавчих змін: чи то у формі визнання членів конкурсних комісій з-поміж представників громадськості окремою категорією службових осіб, чи то у формі визнання вказаних осіб окремим різновидом спеціальних суб'єктів злочину й адресатів злочинного впливу у статтях розділу XVII Особливої частини КК. У будь-якому випадку не видається прийнятним розширення судами усталеного раніше в судовій практиці тлумачення поняття «службова особа», як це зробив ККС ВС у згаданій справі, адже в такому випадку «нормодобудовча» діяльність судів виходить за межі припустимого і веде до порушення передбаченої ч. 4 ст. 3 КК заборони застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією та до порушення передбаченої ст. 7(1) Європейської конвенції з прав людини (далі – ЄКПЛ) гарантії передбачуваності засудження на підставі закону.

Одним із неоднозначних наслідків «нормодобудовчої» активності ККС ВС стала прихована ревізія юридичної природи такого кримінального правопорушення, як *зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК)*.

Принагідно зауважимо, що чинна редакція цієї кримінально-правової заборони не забезпечує криміналізації діянь в тому обсязі, якого вимагає конвенційне положення. Однією очевидною відмінністю між конвенційним положенням і ст. 364 КК є те, що в останній «дефектність» поведінки суб'єкта злочину пов'язується використанням влади чи службового становища всупереч інтересам служби, а в ст. 19 Конвенції ООН проти корупції мовиться про дію або бездіяльність, що мають характер порушення закону. Отже, у цьому аспекті ст. 364 КК видається ширшою за конвенційне положення, оскільки використання влади чи службового становища всупереч інтересам служби може втілитися як в діяннях, що *per se* мають протиправний характер, так і в діяннях, що формально є законними, але вчинені не в інтересах служби⁴⁴.

Тривалий час українська наука кримінального права у частині тлумачення ознак зловживання владою або службовим становищем наслідувала сформований ще в радянські часи підхід, згідно з яким специфіка кримінального правопорушення цього виду була прихована в його суб'єктивній стороні: 1) зовні вчинене службовою особою діяння виглядало як нормальний управлінський акт, адже формально воно було вчинене в межах наданої (-их) службовій особі влади (повноважень); 2) при цьому із суб'єктивної сторони діяння характеризувалося «дефектним» мотивом чи метою (зокрема, метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи згідно з чинною редакцією ст. 364 КК і корисливими мотивами чи іншими особистими інтересами або

⁴⁴ Задоя К.П. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. Пункти 27–30, 71, 72. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/vysnovok-shhodo-stanu-implementatsii-polozhen-mizhnarodnyh-antykorupsiy-nyh-konventsii-u.pdf>

В юридичній літературі на виконання ст. 19 Конвенції ООН проти корупції, в якій підкреслюється незаконний характер відповідних діянь, висувається пропозиція використати у поліпшених редакціях статей 364, 364-1, 365-2 КК зворот «вчинення... будь-якої дії чи утримання від вчинення дій, що є порушенням законодавства...» (див.: Яциніна М.-М.С. Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за кримінальним кодексом України (ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2021. С. 157, 176–178).

Про інші можливі шляхи вдосконалення розглядуваної кримінально-правової заборони див., наприклад: Письменський Є.О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем: проблеми, тенденції, перспективи. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2017. № 2. С. 179–197; Чугуніков І.І. Мета одержання неправомірної вигоди як обов'язкова ознака зловживання владою або службовим становищем. *Правові новели*. 2020. № 10. С. 255–269.

інтересами третіх осіб згідно з редакціями цієї статті, чинними раніше); 3) у підсумку це означало, що склади зловживання владою або службовим становищем визнавалися суміжними зі складами перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (раніше – перевищення влади або службових повноважень) (ст. 365 КК)⁴⁵.

Попри те, що предметом дискусій залишалося питання про можливість вчинення зловживання владою або службовим становищем шляхом використання так званого службового авторитету (наприклад, створення міністром юстиції тиску на детектива НАБУ з метою добитися закриття кримінального провадження, який (тиск) ґрунтується на апеляціях міністра до великої суспільно-політичної ваги його посади), що, по суті, є нічим іншим як вчиненням дій, які не належить до компетенції жодної службової особи, тобто одним із проявів перевищення влади або службових повноважень, відмінність між двома цими видами кримінальних правопорушень все ж була достатньо очевидною.

Підхід теорії кримінального права з цього приводу поділявся і судовою практикою, яскравим свідченням чому був абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» (далі – постанова Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15), який: 1) наголошував на необхідності відмежування перевищення влади або службових повноважень від зловживання владою або службовим становищем; 2) прояснював, що при вчиненні зловживання владою або службовим становищем використання службовою особою всупереч інтересам службового становища полягає у використанні наданих службовій особі законом прав і повноважень. На жаль, низка правових висновків ККС ВС поставила цей усталений підхід під сумнів без наведення достатніх аргументів на користь того, чим саме зумовлена така різка зміна судової практики. При цьому окремі правові позиції ККС ВС ще й не надто узгоджуються між собою, що зробило юридичну природу зловживання владою або службовим становищем невизначеною.

Передусім одразу в декількох своїх рішеннях ККС ВС ревізував підхід, відображений в абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15, у тій його частині, яка передбачала, що склади зловживання владою або службовим становищем та перевищення влади або службових повноважень (працівником правоохоронного органу) є суміжними.

⁴⁵ Див. докладніше: Задоя К.П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України): дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2009. С. 155–157.

Так, в одній з постанов ККС ВС зазначив, що перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365 КК) є спеціальним видом зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК) і що вчинення іншими службовими особами (не працівниками правоохоронного органу) дій, що явно перебувають за межами їх компетенції (вчинення дій які є компетенцією вищестоящої службової особи чи службової особи іншого відомства; вчинених дій одноосібно, якщо вони могли бути вчинені лише колегіально; вчинення дій, які дозволяється вчиняти тільки в особливих випадках, з особливого дозволу і з особливим порядком здійснення, за відсутності цих умов; вчинення дій, які вчиняти або дозволяти ніхто не має права), має знайти кримінально-правову оцінку в межах ст. 364 або ст. 364-1 КК (за відсутності ознак інших спеціальних складів злочину, наприклад, передбачених статтями 366, 368, 368-3 КК)⁴⁶.

Закономірно, що, з огляду на ці висновки, ККС ВС констатував, що набрання чинності Законом України від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції», яким було звужено характеристики суб'єкта перевищення влади або службових повноважень (до набрання чинності цим Законом суб'єктом злочину була службова особа, а після того – лише працівник правоохоронного органу), не призвело до декриміналізації яких-небудь діянь. Аргументація цих правових висновків ККС ВС виглядає непереконливою.

Зокрема, прикро, як ККС ВС «повівся» з абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15. В одному з кримінальних проваджень цей правозастосовний орієнтир був взятий до уваги судом апеляційної інстанції, яке в підсумку було скасоване ККС ВС, проте суд касаційної інстанції не пояснив, як з цим орієнтиром корелюють висновки, сформульовані ним у

⁴⁶ Постанова колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 30 вересня 2020 р. у справі № 517/639/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92021190>

Натомість в інших своїх постановках ККС ВС зазначив, що: об'єктивна сторона зловживання владою або службовим становищем виявляється, зокрема, у діянні, яке вчиняється з використанням влади або службового становища, здійснюється у межах повноважень, наданих особі за посадою чи у зв'язку з виконанням нею службових обов'язків (див.: постанова колегією суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 червня 2020 р. у справі № 712/2592/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89675399>); для кваліфікації за ст. 364 КК необхідно встановити, що діяння службової особи зумовлене її службовим становищем, а дії, які вона виконала чи виконала неналежним чином, входять у коло її службових обов'язків (див.: постанова колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 2 листопада 2022 р. у справі № 724/1590/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107219632>).

згаданий вище постанові від 30 вересня 2020 р. У підсумку залишається лише здогадуватися про позицію ККС ВС із цього питання: чи то, на думку ККС ВС, сформульоване ним у цій постанові розуміння юридичної природи зловживання владою або службовим становищем є свідомим відступом від позицій, на яких судова практика до того стояла десятиліттями, чи то таке розуміння юридичної природи цього злочину вже й так малося на увазі в абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15?⁴⁷

Також, обґрунтовуючи свої висновки, ККС ВС послався на те, що при вчиненні зловживання владою або службовим становищем під використанням влади чи службового становища слід розуміти вчинення як дій, що безпосередньо входять до кола службових повноважень службової особи, зумовлені покладеними на неї обов'язками з виконання відповідних функцій, так і дій, зумовлених її службовим авторитетом, зв'язками з іншими службовими особами, можливістю здійснити вплив, зумовлений її службовим становищем, на інших службових осіб. Слабкість цього категоричного твердження пов'язана зі згаданим вище «тихим» ігноруванням абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15.

З іншого боку, як же зазначалося, і до, і після прийняття постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15 питання про можливість вчинення зловживання владою або службовим становищем шляхом використання службового авторитету все ж було предметом дискусій. Однак навіть у цих дискусіях зазвичай не стояло питання про визнання використанням службового авторитету вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи чи службової особи іншого відомства, вчинених дій одноосібно, якщо вони могли бути вчинені лише колегіально, вчинення дій, які дозволяється вчиняти тільки в особливих випадках, з особливого дозволу і з особливим порядком здійснення, за відсутності цих умов, які (дії) ККС ВС визнав у постанові від 30 вересня 2020 р. проявами зловживання владою або службовим становищем. Постає питання, про яке використання службового авторитету може йтися, наприклад, у ситуаціях, коли очільник колегіального органу одноосібно ухвалює рішення, яке віднесене до компетенції цього органу, або коли заступник керівника структурного підрозділу ухвалює рішення, яке віднесене до компетенції керівника, якщо прийняття таких

⁴⁷ Про плутаність міркувань, наведених у цій постанові ККС ВС у частині співвідношення зловживання владою або службовим становищем, з одного боку, та перевищення влади або службових повноважень, з іншого, див. також: Айдинян А. Окремі проблеми розмежування зловживання владою або службовим становищем та перевищення влади або службових повноважень у судовій практиці України. *Київський часопис права*. 2021. № 3. С. 173–175.

рішень не передбачає необхідності звернення службової особи до авторитету, зумовленого її посадою?

Попри це, згодом висновки, викладені ККС ВС у постанові від 30 вересня 2020 р., були підтверджені в іншій постанові суду касаційної інстанції⁴⁸. Додатковим внеском цієї постанови в перегляд юридичної природи зловживання владою або службовим становищем стало те, що ККС ВС «розірвав» такі законодавчі характеристики цього злочину, як використання службовою особою влади чи службового становища («діяння, змістом яких є використання службовою особою влади або службового становища, може: перебувати в межах її компетенції; перебувати в межах не її, а компетенції інших органів або службових осіб; перебувати поза межами компетенції будь-яких органів або службових осіб») та всупереч інтересам служби («вчинення дій всупереч інтересам служби формально завжди є виходом поза межі наданих повноважень, оскільки ті надаються виключно на законних підставах для використання в спосіб і в порядку, визначеними приписами нормативних актів»).

Цей крок, як видається, призвів лише до логічної суперечності. Так, на думку ККС ВС, вчинення службовою особою діяння всупереч інтересам служби «формально завжди є виходом поза межі наданих повноважень», однак при цьому суд зазначає, що використання службовою особою влади чи службового становища може виявлятися в діяннях, які перебувають у межах компетенції службової особи. Складається враження, що ККС ВС визначає обидва ці поняття *in abstracto*, ігноруючи те, що в правовій рамці ст. 364 КК вони поєднані між собою. Такий підхід породжує питання, чи може зловживання владою або службовим становищем виявлятися у діяннях, вчинених службовою особою в межах її компетенції, як це визнавалося судовою практикою багато десятиліть? І, як видається, наступні правові висновки ККС ВС щодо застосування ст. 364 КК свідчать на користь негативної відповіді на це питання. Так, в одній з постанов ККС ВС зазначив, що:

а) «якщо розглядати статтю 364 КК у сукупності з вимогами ратифікованих міжнародних договорів, згаданими вище, та метою, яку ставив перед собою законодавець, формулюючи її положення, слід дійти висновку, що інтереси служби в цій статті можуть бути виведені лише з вимог законодавства, яке регулює відповідну сферу діяльності, і значення

⁴⁸ Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 вересня 2021 р. у справі № 682/3004/15-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100109259>

виразу «всупереч інтересам служби» в статті 364 КК співпадає зі значенням виразу «є порушенням законодавства» в статті 19 Конвенції ООН проти корупції»;

б) «інша інтерпретація «інтересів служби» залишає невиправдано широкий простір для довільного тлумачення цих інтересів, виходячи з суб'єктивної уяви тих чи інших суб'єктів про їх дійсний зміст, і створює ситуацію, коли особа змушена гадати, під страхом покарання, чи заборонена її поведінка, та стає вразливою до надмірно широкого розсуду влади»;

в) «завдання суду полягає у тому, щоб інтерпретувати положення кримінального закону у такий спосіб, щоб максимально виключити його довільне або розширювальне застосування, оскільки неврахування судом законодавства, на підставі якого можна зробити висновок про «інтереси служби» або його необґрунтоване тлумачення та застосування в конкретній справі саме по собі може призвести до порушення статті 7 [Європейської конвенції з прав людини]»;

г) «перед тим, як перейти до аналізу інших елементів складу службового зловживання, має бути вирішене питання, чи становили інкриміновані засудженому дії або бездіяльність порушення законодавства. Для цього необхідно детально дослідити регулювання відповідної сфери діяльності, у тому числі визначення повноваження відповідної службової особи, умови їх використання та межі розсуду, правила і процедури прийняття рішень і здійснення діяльності, а також встановлене законодавством розмежування повноважень між органами державної влади та/або місцевого самоврядування, правила і процедури взаємодії між різними суб'єктами, дотичними до діяльності»⁴⁹.

У сукупності ці правові висновки ККС ВС щодо ознаки «всупереч інтересам служби» означають, що про зловживання владою або службовим становищем з боку службової особи може йтися лише у випадках, коли службова особа порушила конкретне положення законодавства. Оскільки жодна службова особа не може бути уповноважена порушувати законодавство, закономірно, що у світлі правового висновку, зробленого ККС ВС, зловживання владою або службовим становищем не може полягати у вчиненні діянь, які належать до компетенції службової особи⁵⁰.

⁴⁹ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 8 липня 2024 р. у справі № 761/32259/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/120342069>

⁵⁰ ККС ВС не врахував особливості зловживання як правового явища при тлумаченні ст. 364 КК, не взяв до уваги контекст службових відносин, що значно звужує можливості тлумачення цієї норми. Той факт, що ст. 364 КК містить надто багато понять, які є невизначеними, означає, що ККС ВС шляхом судового

Ще одним проявом ревізії усталених у судовій практиці уявлень про природу зловживання владою або службовим становищем став висновок ОП ККС ВС про те, що 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 влади⁵¹. Цей правовий висновок, сформульований для забезпечення однаковості судової практики, пов'язаної з кримінально-правовою кваліфікацією безпідставного отримання народними депутатами України компенсацій вартості оренди житла або винайму готельного номеру, істотно відхиляється від підходу, відбитого у абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15, який не передбачав настільки широкого розуміння ознак складів зловживання владою або службовим становищем. Прикро, що ОП ККС ВС також не згадала цей правозастосовний орієнтир і, відповідно, не розглянула питання, чи узгоджується з ним сформульований нею правовий висновок.

Однак, мабуть, значно важливішим є те, що залишається незрозумілим, як взагалі у випадках неправомірного використання представником влади пільг та інших благ може йтися про зловживання владою⁵². Адже згідно з усталеними у науці кримінального права і на практиці уявленнями про таку категорію службових осіб, як представники влади, специфіка їх правового статусу полягає в тому, що вони наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості» (абз. 2 п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»). В юридичній літературі до осіб, які виконують функції представника влади, так само відносять тих, хто наділений владними повноваженнями – правом від імені держави чи її органів висувати вимоги і приймати рішення, обов'язкові до виконання зовнішніми респондентами (фізичними особами, які не є підлеглими за посадою або юридичними особами), а також застосовувати від імені держави

тлумачення має внести ясність у розуміння цих норм, але надто вузьке тлумачення певних понять призведе до того, що йому доведеться з часом відходити від своєї позиції, щоб врахувати актуальний контекст суспільних відносин у сфері діяльності службових осіб (див.: Яциніна М.-М. Інтереси служби: які ж вони? 22 липня 2024 р. URL: <https://justtalk.com.ua/post/interesi-sluzhbi-yaki-zh-voni>).

⁵¹ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 листопада 2023 р. у справі № 991/3966/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115409272>

⁵² До речі, легальне визначення корупції (ст. 1 Закону України від «Про запобігання корупції» охоплює використання відповідним суб'єктом наданих йому службових повноважень і пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди. Про використання пільг та інших благ, як бачимо, тут нічого не сказано.

та її органів заходи примусу у випадках порушення правових норм⁵³, а зловживання владою визначається як вчинене всупереч інтересам служби використання службовою особою, яка є представником законодавчої, виконавчої чи судової влади, своїх повноважень і можливостей щодо пред'явлення вимог і прийняття рішень, обов'язкових для виконання іншими фізичними або юридичними особами⁵⁴.

Свого часу, проаналізувавши відповідний кейс⁵⁵, один з авторів цих рядків доводив, що: 1) народний обранець (згодом обвинувачений) 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) не використовував ані владу⁵⁶, ані службове становище, а отже, його дії не можуть бути кваліфіковані за ст. 364 КК; 2) кримінально-правове реагування на «житлово-компенсаційні» зловживання народних депутатів України (колишніх і теперішніх) має здійснюватися 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.

⁵³ Цивільський О.І. Ознаки службової особи у кримінальному праві України. *Соціально-правові студії*. 2021. Вип. 2 (12). С. 118.

⁵⁴ Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: «Центр учбової літератури», 2016. С. 89.

⁵⁵ 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. № 1. С. 367–374.

⁵⁶ Повноваження приймати рішення про виплату народному депутату України щомісячної компенсації за оренду житла або винайм готельного номеру має Управління справами Апарату ВРУ в особі керуючого справами. Натомість народний депутат України не був наділений компетенцією ставити обов'язкові для виконання цим Управлінням в особі керуючого справами або Керівника Апарату ВРУ вимоги щодо здійснення виплат, якими йому компенсувались витрати за винайм готельного номеру. У кримінальному провадженні не встановлено осіб, на яких депутата мав можливість вчиняти вплив, зловживаючи своєю владою, з метою отримання неправомірної вигоди для себе за рахунок коштів, передбачених для компенсації вартості оренди (винайму) житла. Доведення того факту, що Управління справами Апарату ВРУ не здійснювало перевірку правомірності отримання депутатом компенсації за винайм готельного номеру, не свідчить про те, що це залежало від волевиявлення обвинуваченого (див.: вирок ВАКС від 14 червня 2021 р. у справі № 991/3966/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97637372>).

Під час подання заяви про надання компенсації за оренду (винайму) житла народний депутат України виступає від себе, а не як представник держави; подання такої заяви не входить до кола службових (владних) повноважень народного депутата України, як і прийняття позитивного рішення на підставі цієї заяви; повноваження народного депутата України не поширюються на службових осіб Апарату ВРУ, уповноважених вирішувати питання про компенсацію вартості оренди (винайму) житла; сам факт подання заяви не тягне за собою юридичних наслідків, які настають лише за умови прийняття уповноваженою службовою особою Апарату ВРУ рішення про компенсацію вартості оренди (винайму) житла (див.: Надточієва А.П. Проблеми кваліфікації дій народних депутатів за ст. 364 Кримінального кодексу України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2020. Вип. 85. С. 154).

Користування чужим майном без оплати і заподіяння внаслідок цього майнової шкоди характеризують цей склад кримінального правопорушення (кошти для винайму готельного номеру на підставі заяв народного депутата України протягом усього строку виконання ним депутатських повноважень безпосередньо перераховувалися на рахунок Державного підприємства «Готельний комплекс «Київ»).

Свій висновок щодо застосування ст. 364 КК ОП ККС ВС сформулювала всупереч як викладеним вище міркуванням, так і суголосній позиції, яка знайшла відбиття у висновках членів НКР при ВС В. Навроцького, Є. Письменського та Ю. Пономаренка. Оцінюючи висновок ОП ККС ВС, слід з-поміж іншого наголосити на тому, що: 1) пільги чи інші блага не походять від повноважень представника влади, а передбачені чинним законодавством для забезпечення належної реалізації цих повноважень (гарантії уможливають здійснення повноважень депутата, а не навпаки)⁵⁷; 2) пільги чи інші блага, використання яких справді може супроводжуватися зловживаннями, не є ні повноваженнями представника влади, ні фактичними можливостями, обумовленими цими повноваженнями, через що не мають визнаватися складником влади, про зловживання якою мовиться у ст. 364 КК⁵⁸; 3) якщо здійснення владних повноважень базується на пільгах та інших благах, то зловживання останніми – це не використання можливостей, наданих владою; 4) з висновком ОП ККС ВС варто було погодитись, якби у

⁵⁷ Із ч. 4 ст. 1, ч. 3 ст. 26 та інших норм Закону України «Про статус народного депутата України», а так само структури цього Закону випливає, що повноваження депутата і пов'язані з ними можливості (охоплювані кримінально-правовим поняттям використання влади чи службового становища), з одного боку, і гарантії того, щоб депутатські повноваження виконувались належним чином, з іншого, – це різні складники правового статусу парламентарія.

⁵⁸ Згідно із Законом України «Про статус народного депутата України» народний депутат України наділений низкою владних повноважень. Однак у жодній зі статей цього Закону не йдеться про право народного депутата України давати обов'язкові до виконання вказівки чи розпорядження щодо державного майна. Відповідні дії народний депутат України може вчиняти лише у складі ВРУ як колегіального органу, адже тільки шляхом голосування під час ухвалення законів про затвердження бюджету країни або внесення до нього змін він розпоряджається бюджетними коштами.

У цьому сенсі правовий статус народного депутата України подібний до правового статусу депутата місцевої ради, з приводу чого П. Андрушко пише, що будь-якими повноваженнями організаційно-розпорядчого чи адміністративно-господарського характеру депутати місцевих рад, як і народні депутати України, законами, що визначають їх правовий статус та їх функції як представників влади, не наділені. Формально прийняття місцевими радами та їх виконавчими органами рішень щодо управління комунальним майном за змістом збігається зі здійсненням адміністративно-господарських функцій службовою особою. Але при прийнятті зазначених рішень щодо управління комунальним майном депутати місцевих рад виступають не як службові особи за ознакою обіймання ними посад в установах чи організаціях, а як представники влади, які здійснюють владні повноваження, виконують функції представника (члена) органу влади – органу місцевого самоврядування (див.: Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. Київ: Атіка, 2012. С. 226, 227).

ст. 364 КК йшлося, наприклад, про *зловживання можливостями статусу* службової особи, включаючи представника влади⁵⁹.

До речі, ставлячи згодом «крапку» у відповідному кримінальному провадженні, ККС ВС обмежився відтворенням безспірних положень про народного депутата України – представника законодавчої гілки – як суб’єкта злочину, передбаченого ст. 364 КК, і про неприпустимість неправомірного використання ним депутатського мандату. При цьому «незручне» питання про співвідношення повноважень представника законодавчої гілки, з одного боку, та його правового статусу із гарантіями депутатської діяльності включно, з іншого, у «підсумковій» постанові ККС ВС залишилося без розгляду – суд обмежився констатацією того, що не вбачає підстав для відступу від правового висновку, викладеного у постанові ОП ККС ВС від 27 листопада 2023 р.⁶⁰

Вимушені повторити: ніхто не сумнівається у тому, що народний депутат України, як і будь-який інший представник влади, не повинен використовувати свій мандат в особистих, зокрема корисливих цілях. Однак з цього автоматично не випливає, що неправомірне використання представником влади тих або інших пільг чи благ утворює склад саме службового злочину. У розглядуваній ситуації мало місце зловживання – однак не повноваженнями, наданими обвинуваченому як народному депутату України, а отже, представнику влади – службовій особі у кримінально-правовому розумінні цього поняття, а недосконалим регулятивним законодавством, яке уможливлювало автоматичне надання відповідних компенсацій без перевірки значущих обставин.

Очікувано, що змістовно сумнівна, однак формально обов’язкова правова позиція ОП ККС ВС була «взята на озброєння» іншими правозастосувачами⁶¹.

Роблячи проміжний висновок, зазначимо, що у своєму поєднанні правові позиції, викладені у згаданих вище постановях ККС ВС, «розмивають» специфіку зловживання владою або службовим становищем як

⁵⁹ Цікаво, що О. Марін для узагальненого позначення різних службових зловживань використовує зворот «зловживання можливостями спеціального статусу» (див.: Марін О. Спеціальні види зловживання можливостями спеціального статусу у кримінальному праві України: поняття та система. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2021. Вип. 73. С. 140–149), однак цей теоретичний підхід видається є слушним хіба що в аспекті *de lege ferenda*.

⁶⁰ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 16 грудня 2025 р. у справі № 991/3966/20. URL: <https://iplex.com.ua/doc.php?regnum=132893573>

⁶¹ Див., зокрема: вирок ВАКС від 16 квітня 2024 р. у справі 991/4634/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118379513>; постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19 грудня 2024 у справі № 991/6481/22. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123949399>

виду кримінального правопорушення, що з-поміж іншого спонукає замислитися над тим, наскільки такий спосіб «прояснення» судом касаційної інстанції ст. 364 КК сумісний зі ст. 7(1) ЄКПЛ, яка закріплює принцип законності⁶². Попри свій доволі лаконічний зміст, ця конвенційна норма містить чимало гарантій, частина з яких має текстуальний, а частина – контекстуальний характер⁶³. Так, у своїй практиці Європейський суд з прав людини (далі – 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 закон⁶⁴. Суд спеціально наголошує на тому, що чіткість тексту кримінального закону не гарантує автоматичного дотримання державою ст. 7 ЄКПЛ, оскільки її порушенням може виявитися і певне тлумачення та застосування кримінального закону національними судами⁶⁵. Зокрема, ЄСПЛ оцінює спроможність людини передбачити своє засудження за ту чи іншу дію (бездіяльність) з урахуванням можливості звернутися за юридичною консультацією⁶⁶.

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

⁶² Згідно зі ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» українські суди застосовують ЄКПЛ та практику ЄСПЛ як джерело права.

У кримінальних провадженнях, здійснюваних за ст. 364 КК, час від часу постає проблема (не-)відповідності цієї кримінально-правової заборони та практики її тлумачення і застосування таким виробленим ЄСПЛ критеріям якості закону, як доступність і передбачуваність. Суть відповідної «проадвокатської» позиції полягає в тому, що чинна редакція ст. 364 КК позбавлена правової визначеності, а передбачена нею склад злочину межує з ухваленням управлінських рішень або здійсненням господарської діяльності в умовах невизначеності або професійного ризику.

⁶³ Безпосередньо в тексті ст. 7(1) ЄКПЛ йдеться 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). 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*.

⁶⁴ 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/>

⁶⁵ Постанова ЄСПЛ у справі *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* [БП], no. 15669/20, 26 вересня 2023 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-227636>

⁶⁶ Постанова ЄСПЛ у справі *Pessino v. France*, no. 40403/02, 10 жовтня 2006 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77359>

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 права⁶⁷.

На жаль, викладені вище правові висновки ККС ВС створили ситуацію, коли навіть тим представникам наукової та практичної юриспруденції, які давно спеціалізуються на питаннях кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності, вкрай складно спрогнозувати, чи буде те або інше діяння службової особи визнане судом зловживанням владою або службовим становищем⁶⁸. Крім того, видається непереконливим сам спосіб, в який ККС ВС «деконструював» уявлення про юридичну природу зловживання владою або службовим становищем, відображене в абз. 1 п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2023 р. № 15. Створюється враження, що «стратегія» суду касаційної інстанції полягала в тому, щоб «не помічати» існування цього правозастосовного орієнтиру, роблячи радикальні відступи від нього. Звісно, це можна пояснити тим, що формально ВС не зв'язаний постановами Пленуму ВСУ, однак будь-яка «нормодобудовча» діяльність органів судової влади повинна враховувати інтереси адресатів відповідних правових норм.

Саме з огляду на це, ЄСПЛ послідовно наголошує в своїх рішеннях на тому, що при розв'язанні питання про передбачуваність засудження особи на підставі закону має братися до уваги не лише його текст, а й практика тлумачення закону судами, оскільки вона додатково створює у адресатів норм кримінального права уявлення про межу між забороненим і дозволеним. ЄСПЛ може не погодитися з притягненням до відповідальності за правопорушення, що стало наслідком розвитку судової практики,

⁶⁷ 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. С. 697, 711–712.

⁶⁸ Цю обставину яскраво продемонструвала як контраверсійність висновків членів НКР при ВС, підготовлених у справі ексдепутата Р. Сольвара, так і висловлені у цьому кримінальному провадженні суперечливі твердження різних представників суддівського корпусу щодо того, вчинив ексдепут (у спосіб реалізації соціально-економічної гарантії) зловживання владою або зловживання службовим становищем.

консолідованої вже після скоєння особою діянь, в яких її обвинувачують, або притягнення до відповідальності на підставі двозначного внутрішньо-правового положення, яке було предметом розбіжних тлумачень. Неузгодженій судовій практиці бракує необхідної точності для того, аби уникнути будь-яких ризиків неправомірності і дозволити кожному передбачати наслідки своїх дій⁶⁹.

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, належність цього питання до числа дискусійних у науці кримінального права і правозастосовній практиці, ясність щодо якого (будемо умовно так вважати) внесено *post factum* завдяки зусиллям ОП ККС ВС, то висновок про те, що засудження ексдепутата за зловживання владою означає порушення конвенційної вимоги (гарантії) передбачуваності засудження особи на підставі закону, видається для нас цілком очевидним.

Хоч із погляду чинного законодавства про судоустрій постанови Пленуму ВСУ і перебувають у «юридичному лімбі», вони є уособленням сталих підходів судової практики до застосування норм українського права, а отже, є реальним чинником, який береться до уваги адресатами цих норм при прийнятті життєвих рішень. Відповідно, ігнорування цих правозастосовних орієнтирів із суто формальних міркувань є невиправданим. Насамкінець варто зазначити, що ст. 7(1) ЄКПЛ допускає поступове прояснення судами відповідних законодавчих положень, яке крок за кроком веде до розширення його сфери чинності, однак таке прояснення повинно відштовхуватися від *суті злочину (essence of offence)*⁷⁰, а не відбуватися всупереч їй, як це сталося у випадку з практикою ККС ВС щодо зловживання владою або службовим становищем. Виходить, що своїми правовими висновками з цього питання ККС ВС створив проблему, повноцінне розв'язання якої, вочевидь, вже неможливе без кваліфікованого законодавчого втручання.

На окрему увагу заслуговують також правові висновки, сформульовані ОП ККС ВС у постанові від 10 лютого 2025 р.: 1) факт наявності або відсутності певних домовленостей чи контактних зв'язків службової особи з іншою фізичною чи юридичною особою, яка отримала неправомірну вигоду, не має кримінально-правового значення для кваліфікації дій службової особи

⁶⁹ 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. С. 17–20. URL: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_ukr

за відповідною частиною ст. 364 КК; 2) кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем за ст. 364 КК настає й у тому разі, якщо службова особа діяла в інтересах третьої особи без доведення до відома такої особи відомостей про зміст і характер своїх дій⁷¹.

У своїй сукупності ці правові висновки забезпечують своєрідну тяглість між чинною редакцією ст. 364 КК, в якій відповідальність за зловживання владою або службовим становищем пов'язується з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи, та попередніми редакціями цього законодавчого положення, в яких мовилося про вчинення діяння з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб, а тому принципових нарікань не викликають⁷². Проблемним, щоправда, виглядає спосіб аргументації, використаний у цьому разі. По суті, перед ОП ККС стояло питання про тлумачення мети зловживання владою або службовим становищем, однак натомість вона перевела розв'язання цього питання в площину обставин об'єктивного характеру, а саме зв'язків між службовою особою та іншими особами і доведення службовою особою інформації до інших осіб. Крім того, навряд чи схвально можна оцінити те, що слушне і важливе положення про невизнання зловживанням владою чи службовим становищем помилкового вчинення дій службовою особою, яке спричинило одержання неправомірної вигоди третіми особами, опинилося «захованим» в основному тексті постанови ОП ККС ВС, хоч могло (мало) бути розміщене (відтворене) у підсумкових висновках щодо застосування ст. 364 КК.

Видається, що правовий висновок у цьому разі міг бути сформульований з більшою відповідністю тій ознаці складу кримінального правопорушення, якій він був присвячений, набуваючи приблизно такого вигляду: під метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи слід розуміти як (а) прагнення службової особи отримати будь-яку неправомірну вигоду для себе чи іншої фізичної або юридичної особи від третьої особи «в обмін» на використання службовою особою влади або службового становища в інтересах третьої особи, так і (б)

⁷⁰ Постанова ЄСПЛ у справі *Jorgic v. Germany*, no. 74613/01, ECHR 2007-III. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608>

⁷¹ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10 лютого 2025 р. у справі № 757/11969/18-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/125228095>

⁷² Див. з цього приводу також: Яциніна М.-М. Нова позиція ВС щодо суб'єктивної сторони в статті 364 КК України: зрада чи перемога здорового глузду? 10 березня 2025 р. URL: <https://justtalk.com.ua/post/nova-pozitsiya-vs-schodo-subektivnoi-storoni-v-statti-364-kk-ukraini-zrada-chi-peremoga-zdorovogo-gluzdu>

прагнення службової особи забезпечити набуття неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи в результаті «безпосереднього» використання службовою особою влади або службового становища.

Правові висновки ККС ВС щодо застосування *ст. 366-3 «Неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування»* КК цікаві передусім із погляду врахування вимог ЄКПЛ і практики ЄСПЛ.

Для початку розглянемо те, як розвивалася практика ККС ВС стосовно можливості застосування згаданої кримінально-правової заборони щодо особи, яка відмовилася від належного подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування⁷³, з релігійних мотивів.

Однією зі своїх постанов суд касаційної інстанції підтвердив правильність закриття на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) кримінального провадження за обвинуваченням особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366-1 КК⁷⁴. Обвинувачена через свої релігійні переконання відмовилася надавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в електронній формі згідно з вимогами антикорупційного законодавства і надіслала декларацію до НАЗК у паперовій формі. ККС ВС зробив висновок про те, що примусове виконання Особою-8 обов'язку подання в електронному виді декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або

⁷³ Як слушно зазначається в одному з вироків ВАКС, електронна форма декларації визначена законодавцем як найефективніша та єдино можлива. По-перше, вона виключає доступ до її заповнення або коригування з боку третіх осіб, гарантуючи автентичність наданої суб'єктом декларування інформації, адже тільки ця особа ідентифікується ЕЦП. По-друге, на кожну декларацію одразу після її подання автоматично надається унікальний ідентифікатор та накладається електронна печатка Реєстру, що унеможливує в подальшому внесення до її змісту будь-яких змін. Саме в цьому вбачається принципова відмінність між деклараціями на паперових носіях, що їх подавали суб'єкти декларування раніше та які зберігались за місцем їх роботи, та електронними деклараціями, запровадженими Законом України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» (див.: вирок ВАКС від 30 жовтня 2019 р. у справі № 760/4297/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85289968>).

⁷⁴ На той час саме це положення КК передбачало відповідальність за неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 р. № 13-р/2020 ст. 366-1 КК була визнана неконституційною. Згодом, на підставі Закону України від 4 грудня 2020 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», ст. 366-1 було виключено з КК, натомість Кодекс доповнено статтями 336-2 і 366-3 КК. Нині ці дві кримінально-правові заборони (поряд із ст. 172-6 КУпАП «Порушення вимог фінансового контролю») забезпечують належне функціонування системи електронного (антикорупційного) декларування.

місцевого самоврядування, із беззаперечним дотриманням нею положень ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції» і за відсутності врегульованого питання на законодавчому рівні щодо альтернативи права вибору подання такої декларації віруючою людиною, не відповідатиме легітимній меті і буде порушенням ст. 8 ЄКПЛ⁷⁵.

Викладена позиція, на наш погляд, ґрунтується на невинновато широкому прочитанні цього конвенційного положення. Далеко не завжди можна стверджувати, що певна дія не підлягає кримінальному переслідуванню, оскільки вона становить реалізацію певного права, адже права людини здебільшого не є абсолютними і в тих чи інших ситуаціях можуть бути обмежені навіть в умовах демократичного суспільства, що прямо передбачено відповідними статтями ЄКПЛ. Так, її ст. 8 гарантує право на повагу до приватного та сімейного життя, до житла людини та її кореспонденції. Це право має відносний характер, оскільки ст. 8(2) ЄКПЛ допускає можливість обмеження державою цього права (втручання держави у здійснення цього права), якщо воно: а) здійснюється на підставі закону; б) є необхідним у демократичному суспільстві; в) переслідує одну з легітимних цілей, перерахованих у ст. 8(2) ЄКПЛ, – це інтереси національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, запобігання заворушенням чи злочинам, захист здоров'я чи моралі або захист прав і свобод інших осіб. Отже, ККС ВС мав підстави стверджувати, що засудження обвинуваченої за ст. 366-1 КК порушувало ст. 8 ЄКПЛ лише за умови, що: а) таке засудження становило обмеження права, гарантованого ст. 8 ЄКПЛ (втручання держави в здійснення цього права); б) це обмеження (втручання) не відповідало вимогам ст. 8(2) ЄКПЛ⁷⁶. Однак із постанови ККС ВС, винесеної щодо Особи-8, підстави для подібних висновків не вбачаються.

⁷⁵ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 січня 2020 р. у справі № 705/2583/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87365886>

На думку З. Загинеї-Заболотенко, таке судове рішення відповідає букві та духу закону, адже: 1) ст. 366-1 КК встановлювала відповідальність за умисне неподання електронної декларації, але не за порушення порядку подання декларації, що може розцінюватися лише як дисциплінарний проступок; 2) у поведінці уповноважених осіб, які подавали до НАЗК паперові декларації (тобто у спосіб, непередбачений антикорупційним законодавством), відсутній прямий умисел (див.: Загинеї-Заболотенко З. Невизначеність vs визначеність кримінального законодавства України. *Право України*. 2020. № 2. С. 76–77). Згодом науковиця скоригувала свою позицію, підтримавши відповідний висновок, зроблений ОП ККС ВС (див. про це нижче).

⁷⁶ Принцип «трискладового тесту», який впливає зі ст. 8 (2) ЄКПЛ, полягає у з'ясуванні того, чи відповідало закону втручання у право на повагу до приватного та сімейного життя, чи було таке втручання необхідним у демократичному суспільстві та пропорційним переслідуванню легітимній меті (див.: Горпинюк О.П. Застосування стандартів Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у кримінальних провадженнях в Україні: навч.-метод. посібник. Львів: ЛьвДУВС, 2020. С. 150).

По-перше, ЄСПЛ не надає поняттю «приватне життя» безмежного змісту. Як наслідок, далеко не будь-яке покладення на особу несприятливих для неї правових наслідків становить втручання держави у приватне життя (обмеження права на повагу до приватного життя). Наприклад, у справі *Gillberg v. Sweden* [ВП] суд вказав: у цій справі заявник був засуджений за зловживання службовим становищем як державний службовець згідно зі ст. 1 глави 20 КК Швеції. Його засудження не було результатом непередбачуваного застосування цього положення, а правопорушення, про яке йдеться, не має очевидного зв'язку з правом на повагу до «приватного життя». Навпаки, воно стосується професійних дій та бездіяльності державних службовців при виконанні ними своїх обов'язків⁷⁷. Ця позиція перегукується з обставинами розглядуваної справи, в якій обвинувачена особа зазнала кримінального переслідування у зв'язку з невиконанням вимоги антикорупційного законодавства, якої вона повинна була дотримуватися не як приватна особа, а як особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. При цьому у постанові ККС ВС не наведено доводів на користь того, що засудження Особи-8 становило б втручання в її право на повагу до приватного життя.

По-друге, якщо навіть припустити, що можливе засудження Особи-8 за неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, справді становило втручання в здійснення права на повагу обвинуваченої до приватного життя, з постанови ККС ВС не випливає, що таке втручання не відповідало б критеріям ст. 8(2) ЄКПЛ. Як можна зрозуміти з тексту постанови ККС ВС, на думку цього Суду, таке втручання не переслідувало жодну з легітимних цілей, зазначених у ст. 8(2) ЄКПЛ. Щоправда, ККС ВС обмежився з цього приводу «голою» декларацією, не навівши аргументів на її користь.

Такий підхід не може бути оцінений схвально, оскільки навіть ЄСПЛ, який здійснює зовнішній контроль за дотриманням державам гарантованих ЄКПЛ прав, зазвичай визнає, що положення ЄКПЛ, які стосуються легітимних цілей обмеження конвенційних прав, зокрема права на повагу до приватного та сімейного життя, можуть тлумачитися державами широко. В одному з рішень ЄСПЛ з цього приводу зазначається таке: хоч легітимні цілі та підстави, викладені в лімітувальних клаузулах ЄКПЛ, є вичерпними, вони мають широке значення і тлумачаться з певним ступенем гнучкості. Основна

⁷⁷ Постанова ЄСПЛ у справі *Gillberg v. Sweden* [ВП], по. 41723/06, 3 квітня 2012 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110144>

увага Суду була зосереджена на наступному і тісно пов'язаному з цим питанні: чи є обмеження необхідним або виправданим, тобто таким, що ґрунтується на відповідних і достатніх підставах і є пропорційним досягненню цілей або підстав, для яких воно дозволене⁷⁸. У світлі сказаного не зовсім зрозуміло, чому втручання у право на повагу до приватного життя у справі щодо Особи-8, якщо воно дійсно сталося, не могло бути обґрунтоване згадуваним у ст. 8(2) ЄКПЛ інтересом запобігання злочинів?⁷⁹

Тут не буде зайвим пригадати виокремлені О. Сорокою проблемні моменти, пов'язані з вирішенням кримінально-правових питань: посилання на статтю ЄКПЛ без посилання на конкретні правові позиції, висловлені ЄСПЛ з цього приводу; посилання на рішення ЄСПЛ без розкриття змісту правової позиції і співвідношення з обставинами справи, що розглядається; обмеження припущенням (наприклад, «це не суперечить практиці ЄСПЛ»); обґрунтування національним судом рішення з посиланням на правові позиції, які не стосуються обставин справи, яка розглядається⁸⁰. Постанова ККС ВС від 28 січня 2020 р. наочно демонструє згадану проблемність.

За декілька років ухвалою однієї з колегій суддів ККС ВС⁸¹ на розгляд ОП ККС ВС було передано справу, в якій вироком ВАКС обвинувачену засуджено за ст. 366-3 КК до покарання у виді штрафу в розмірі 51 000 гривень із позбавленням її права обіймати певні посади строком на один рік⁸². Ухвалою Апеляційної палати (далі – АП) ВАКС від 14 березня 2023 р. цей вирок було скасовано, а кримінальне провадження щодо обвинуваченої закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК за відсутністю складу кримінального правопорушення⁸³. Колегія суддів мотивувала передачу справи на розгляд ОП ККС ВС необхідністю відступити від висновку про застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у згаданій постанові ККС ВС від 28 січня 2020 р., на який (висновок), своєю чергою, послалася АП ВАКС.

⁷⁸ Постанова ЄСПЛ у справі *Merabishvili v. Georgia* [ВП], no. 72508/13, 28 листопада 2017 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-178753>

⁷⁹ Для публічних службовців, які є суб'єктами декларування, рівність їх перед законом забезпечується, зокрема, через запровадження однакового стандарту декларування із порядком подання декларацій включно. І в цьому вбачається дотримання балансу між легітимною метою запобігання корупції та засобами, які застосовуються задля досягнення такої суспільно значущої мети.

⁸⁰ Сорока О.О. Реалізація практики Європейського суду з прав людини у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2015. С. 189–190.

⁸¹ Ухвала колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17 жовтня 2023 р. у справі № 991/5479/22. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114357453>

⁸² Вирок ВАКС від 13 січня 2023 р. у справі № 991/5479/22. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108500078>

⁸³ Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 14 березня 2023 р. у справі № 991/5479/22. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109615122>

Важливо відмітити, що позиції, викладені й у постанові ККС ВС від 28 січня 2020 р., й в ухвалі АП ВАКС від 14 березня 2023 р., обґрунтовувалися посиланням на положення ЄКПЛ. Відповідно, варто було очікувати, що ОП ККС ВС висловиться і з цього приводу.

Фактичні обставини справи, переданої на розгляд ОП ККС ВС, перегукуються з обставинами справи, в якій було прийнято постанову ККС ВС від 28 січня 2020 р. Обвинувачена особа так само з релігійних переконань відмовилася подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, в електронній формі, надавши декларацію до НАЗК у паперовому вигляді. В ухвалі від 14 березня 2023 р. АП ВАКС, пославшись на висновок ККС ВС, викладений у постанові від 28 січня 2020 р., і навівши схожі мотиви, зробила аналогічний висновок про те, що можливе засудження особи за неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (ст. 366-3 КК), суперечитиме ЄКПЛ. Однак між позиціями ККС ВС та АП ВАКС є одна істотна відмінність: якщо перший із цих судів посилався на ст. 8 ЄКПЛ, то другий – на ст. 9 Конвенції, яка гарантує право на свободу думки, совісті та релігії. Хоч і з певними застереженням, це право, як і право на повагу до приватного та сімейного життя, є відносним та може бути обмежене (зазнати державного втручання) з дотриманням вимог ст. 9(2) ЄКПЛ, які загалом подібні до тих, що передбачає ст. 8(2) ЄКПЛ, за винятком переліку легітимних цілей. Згідно зі ст. 9(2) ЄКПЛ право на свободу думки, совісті та релігії може бути обмежене в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Загалом позиція АП ВАКС страждає на ті самі недоліки, що й позиція ККС.

По-перше, з ухвали АП ВАКС зовсім неочевидно, що сталося обмеження права на свободу релігії обвинуваченої особи (втручання держави у здійснення цього права). У своїй практиці ЄСПЛ послідовно наголошує на тому, що загальне законодавство, яке застосовується без прив'язки до переконань конкретного заявника, не може розглядатися як втручання в право, гарантоване ст. 9 ЄКПЛ. Йдеться про те, що: законодавство загального характеру, яке застосовується нейтрально, без будь-якої ув'язки з особистими переконаннями того чи іншого заявника, в принципі, не може розцінюватися як втручання держави в особисті переконання заявника. У

рішенні за скаргою одного квакера⁸⁴, який відмовлявся сплачувати частину податків, що призначалася на військові витрати, Європейська комісія з прав людини постановила, що ст. 9 Конвенції не наділяє заявника правом відмови від дотримання законодавства, яке є нейтральним і загально застосовується в публічній сфері, без посягання на свободи, гарантовані цією статтею⁸⁵.

Ба більше: ЄСПЛ прямо вказував у своїх рішеннях і на те, що наповнення офіційних баз даних, до яких, поза всяким сумнівом, належить і Єдиний державний реєстр декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не може залежати від особистих, зокрема релігійних переконань окремої особи. Так, ЄСПЛ зазначив, що зміст офіційних документів і баз даних не може визначатися побажаннями окремих осіб, які значаться в них. Очевидно, що записи в базах даних повинні будуватися за єдиною моделлю як із технічних причин, так і на підставі міркувань правового порядку. Якщо кожна людина могла б видаляти або додавати за своєю примхою інформацію, яку вона вважала бажаною або неналежною, то одноманітність, яка вимагається в адміністративних питаннях, та її основоположні принципи будуть порушені⁸⁶. Отже, немає підстав вважати, що засудження обвинуваченої за ст. 366-3 КК становило втручання держави в її право на свободу думки, совісті та релігії (обмеження цього права).

По-друге, навіть якщо припустити, що засудження обвинуваченої за неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, становило обмеження права, гарантованого ст. 9 ЄКПЛ, з ухвали АП ВАКС не зрозуміло, чому таке втручання не відповідає критеріям ст. 9(2) Конвенції. Фактично АП ВАКС обмежилася повторенням висловленої ККС ВС тези про те, що втручання не мало легітимної мети. Однак і в цьому випадку: а) залишаються актуальними висловлені вище міркування про те, що ЄСПЛ визнає за державами можливість широко тлумачити цілі державного втручання, які згадуються в лімітувальних клаузулах ЄКПЛ, зокрема ст. 9(2) ЄКПЛ; б) незрозуміло, чому засудження обвинуваченої не може бути пояснене такою згаданою у ст. 9(2) ЄКПЛ метою, як захист публічного порядку.

АП ВАКС у постанові від 14 березня 2023 р. відтворила ще одне спірне положення ККС ВС, стверджуючи, що у поведінці особи, обвинуваченої за

⁸⁴ Квакерство – течія протестантизму, що сповідує абсолютний пацифізм.

⁸⁵ Ухвала ЄСПЛ у справі *Skugar and Others v. Russia* [ВП], no. 40010/04, 3 грудня 2009 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96383>

ст. 366-3 КК, не було умислу, хоч, з огляду на посилання на ст. 9(2) ЄКПЛ, вочевидь, мала б констатуватись відсутність об'єктивної сторони складу відповідного кримінального правопорушення.

На жаль, ОП ККС ВС не змогла належним чином спростувати наведені у постанові ККС ВС від 28 січня 2020 р. та ухвалі АП від 14 березня 2023 р. доводи щодо невідповідності ст. 366-3 (чинної раніше ст. 366-1) КК статтями 8 і 9 ЄКПЛ, загалом обмежившись у своїй постанові згадками тільки про два рішення в ЄСПЛ, в яких той визнавав відсутність порушень гарантованих ЄКПЛ прав заявників⁸⁷. Першим із цих рішень була згадана вище ухвала ЄСПЛ в справі *Skugar and Others v. Russia*, а другим – ухвала ЄСПЛ в справі *Wyrych v. Poland*⁸⁸. У ній ЄСПЛ зробив висновок про те, що зобов'язання члена місцевої ради в Польщі подавати декларацію про фінансовий та майновий стан і наступне оприлюднення декларації є пропорційним втручанням у права на повагу до приватного життя заявника (ст. 8 ЄКПЛ)⁸⁹. Проблемність посилань, зроблених ОП ККС ВС зводиться до трьох аспектів:

1) якщо у справі *Skugar and Others v. Russia* ЄСПЛ зробив висновок про відсутність втручання в гарантоване ЄКПЛ право заявника, то у справі

⁸⁶ Ухвала ЄСПЛ у справі *Skugar and Others v. Russia* [ВП], no. 40010/04, 3 грудня 2009 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96383>

⁸⁷ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 грудня 2023 р. у справі № 991/5479/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115476543>

⁸⁸ Ухвала ЄСПЛ у справі *Wyrych v. Poland*, no. 2428/05, 25 жовтня 2005 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71236>

⁸⁹ Передбачене антикорупційним законодавством декларування стосується обмежених категорій осіб, які обіймають відповідні посади або здійснюють певну діяльність на підставі власного волевиявлення. Відповідно, ухвалюючи для себе рішення про зайняття відповідної посади чи здійснення відповідної діяльності, особа імпліцитно погоджується і з тим, що наслідком такого вибору буде покладення на неї обов'язку подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. З огляду, на це стає зрозумілим, чому чинне законодавство України містить застереження щодо відмови від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків, не містячи такого ж застереження щодо відмови від подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Обов'язок прийняти реєстраційний номер стосується максимально широкого кола осіб і не залежить від їх попередніх дій, які б свідчили про згоду прийняти вказаний номер (див.: Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 231).

Якщо посадові особи органів державної влади та органи місцевого самоврядування зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, то громадяни натомість здійснюють свої права за принципом «дозволено все, що прямо не заборонено законом». І ця принципова відмінність, як видається, унеможливорює звернення при вирішенні розглядуваного питання до аргументації, наведеної в одній з постанов Великої Палати ВС, де зроблено висновок про те, що позбавлення особи можливості отримання паспорта у традиційній формі (у вигляді книжечки), і спричинені цим побоювання окремої суспільної групи, що отримання паспорта у вигляді ID-картки може спричинити шкоду приватному життю, становить втручання держави, яке не було необхідним у демократичному суспільстві, і воно (позбавлення відповідної можливості) є непропорційним цілям, які мали б бути досягнуті без покладення на особу такого особистого надмірного тягаря (див.: постанова Великої Палати Верховного Суду від 19 вересня 2018 р. у справі № 806/3265/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/76822787>).

Wyuruch v. Poland Суд констатував, що таке втручання сталося, однак було пропорційним. У світлі цього не зовсім зрозуміло, як саме ОП ККС ВС дивиться на криміналізацію неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та засудження за такі дії через призму положень ЄКПЛ: як на дії держави, що становлять втручання у здійснення прав, гарантованих статтями 8 і 9 ЄКПЛ, чи як на дії, що не становлять такого втручання?;

2) викликає сумнів доречність зробленого ОП ККС ВС покликання на ухвалу ЄСПЛ в справі Wyuruch v. Poland, адже в цій справі йшлося лише про покладення на заявника подавати декларацію про свої доходи, але не про засудження особи за неподання такої декларації⁹⁰;

3) ОП ККС ВС не пояснила, як зроблені посилання на практику ЄСПЛ спростовують викладені у постанові ККС ВС від 28 січня 2020 р. та ухвалі АП ВАКС від 14 березня 2023 р. висновки про значення статей 8 і 9 ЄКПЛ для застосування ст. 366-3 (чинної раніше ст. 366-1) КК.

Хоч зрештою ОП ККС ВС скасувала ухвалу АП ВАКС від 14 березня 2023 р. і призначила новий розгляд у суді апеляційної інстанції, однак пояснила це тим, що подання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», у паперовій формі, а не в електронному вигляді, через релігійні переконання та мотиви не свідчить про відсутність у діянні цієї особи прямого умислу на неподання вказаної декларації.

Отже, якщо висновок, викладений у постанові ККС ВС від 28 січня 2020 р., був помилковим, що згодом визнала ОП ККС ВС, те саме не можна сказати про висновок самої ОП ККС ВС, викладений у постанові від 4 грудня 2023 р. Сам висновок змістовно не викликає особливих нарікань⁹¹, однак

⁹⁰ Тому навряд чи можна погодитися із висловлюванням про те, що посилання на це рішення ЄСПЛ може використовуватися «для обґрунтування притягнення до відповідальності за ст. 366-3 КК осіб, які з тих чи інших особистих причин вважають систему електронного декларування неприйнятною» (див.: Замахін А.Л. Особливості суб'єктивної сторони неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2023. Вип. 80: ч. 2. С. 40).

⁹¹ На нашу думку, відповідний висновок щодо застосування ст. 366-3 КК міг би бути викладений інакше: подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у спосіб, що не передбачений Законом України «Про запобігання корупції» (наприклад, у паперовому вигляді), означає неподання такої декларації, а отже, може утворювати склад злочину, передбаченого ст. 366-3 КК. Релігійні переконання суб'єкта декларування не можуть зумовлювати зміну на свій розсуд безальтернативно встановленого в законі способу подання антикорупційної декларації (див.: Дудоров О.О., Задоя К.П., Письменський Є.О. Про віру в Бога та обов'язок подавати антикорупційну декларацію. *Кримінально-правовопротидія 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

залишає бажати кращого його аргументованість (особливо в аспекті врахування вимог ЄКПЛ і практики ЄСПЛ), через що ми лише частково погоджуємося з висловленою в юридичній літературі думкою про те, що рішення ОП ККС ВС є таким, що відповідає як національному антикорупційному законодавству, так і практиці ЄСПЛ⁹².

У контексті розкриття дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, викликає інтерес і правова позиція, відбита у постанові ККС ВС від 4 лютого 2025 р. У цьому судовому рішенні розв'язувалося питання правильності кваліфікації поведінки Особи-7, начальника служби матеріально-технічного та адміністративно-господарського забезпечення Придніпровського управління магістрального аміакопроводу Державного підприємства «Укрхімтрансміак», яка умисно не подала декларацію за 2020 рік. ККС ВС вирішив, що відсутність повідомлення НАЗК про факт неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, не виключає можливість притягнення її до кримінальної відповідальності за ст. 366-3 КК. Пояснюючи свою позицію, задовольняючи касаційну скаргу прокурора і призначаючи новий розгляд у суді апеляційної інстанції, ККС ВС, зокрема, вказав на те, що для розв'язання питання про кримінальну відповідальність Особи-7 за ст. 366-3 КК не має значення роз'яснення НАЗК від 3 лютого 2021 р. № 1, на яке у своєму рішенні послався суд апеляційної інстанції, оскільки воно (роз'яснення) не є нормативним актом і не містить норм кримінального процесуального права. Положення ст. 366-3 КК, на переконання ККС ВС, не містить гіпотези, яка б ставила застосування диспозиції цієї статті у залежність від письмового повідомлення НАЗК суб'єкта декларування про факт неподання декларації⁹³.

Президентів 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).

⁹² Заболотенко З.А., Присяжнюк І.І. Право на приватність vs декларування особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2024. № 1. С. 506–507.

⁹³ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 лютого 2025 р. у справі № 629/5254/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/125297104>

Зроблений висновок, вочевидь, перегукується з позицією, сформульованою Великою Палатою ВС: направлене НАЗК повідомлення має виключно інформаційний характер, не є документом, який містить норми права, не може створювати нових правових норм, доповнювати чи змінювати чинне законодавство та не є остаточним документом, що зобов'язує до вчинення будь-яких дій, а тому не є рішенням суб'єкта владних повноважень. Інформація з приводу необхідності подання декларації та порядку її подання, викладена у повідомленні, не породжує обов'язкових юридичних наслідків (див.: постанова Великої Палати

По-перше, викликає сумнів те, що ККС ВС заперечив значення повідомлення НАЗК про факт неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, для застосування ст. 366-3 КК. Адже у такому випадку стає максимально проблематично (щоб не сказати – неможливо) відмежувати неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як кримінальне правопорушення від такого адміністративного правопорушення, як несвоєчасне подання без поважних причин декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відповідальність (ч. 1 ст. 172-6 КУпАП)⁹⁴.

Підхід, відмінний від того, який знайшов відображення в аналізованій постанові ККС ВС, полягає у тому, що для здійснення згаданого розмежування слід з-поміж іншого мати на увазі наявну процедуру контролю за фактом подання належним суб'єктом електронної декларації. Відповідно до ч. 2 ст. 51-2 Закону України «Про запобігання корупції», якщо за результатами контролю встановлено, що суб'єкт декларування не подав декларацію, НАЗК письмово повідомляє такого суб'єкта про факт неподання декларації, і суб'єкт декларування повинен протягом десяти днів з дня отримання такого повідомлення подати декларацію в порядку, визначеному ч. 1 ст. 45 цього Закону. Звідси випливає, що неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, як злочин полягає у послідовному невиконанні суб'єктом декларування двох обов'язків – передати декларацію до НАЗК: а) в строк,

Верховного Суду від 2 лютого 2023 у справі №260/3380/21. Пункти 67, 68 *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108930843>).

Натомість нам імпонує позиція суддів Великої Палати ВС, які в спільній окремій думці, критикуючи своїх колег, зазначили, що повідомлення НАЗК не тільки має інформативний характер, а й містить в собі веління (як зазначено в самому повідомленні – «...Ви повинні...»), зобов'язальний припис (подати декларацію), за невиконання якого законом визначена відповідальність (п. 12). За логікою більшості суддів Великої Палати ВС, позивачка (вважаючи, що вона не є суб'єктом декларування) мала б проігнорувати надіслане їй спеціальним органом повідомлення, а згодом – у разі притягнення її до адміністративної чи кримінальної відповідальності – доводити протиправність дій НАЗК щодо надсилання їй повідомлення, яке містить зобов'язання подати декларацію в порядку, визначеному ч. 1 ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції» (п. 13) (див.: Окрема думка (спільна) суддів Верховного Суду Ю.Л. Власова, М.І. Гриціва, Г.Р. Крет на постанову Великої Палати Верховного Суду. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109580906>).

⁹⁴ До речі, викликає подив та обставина, що укладачі окремих аналітичних матеріалів залишають проблему вказаного відмежування поза своєю увагою (див., наприклад: Звіт за результатами аналізу судової практики притягнення до відповідальності за адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією (за 2014–2024 роки) / Національне агентство з питань запобігання корупції, громадська організація «Центр політико-правових реформ». 2025. С. 42–55, 128–137. URL: <https://nazk.gov.ua/pdfjs/?file=/wp-content/uploads/Pages/ff/d0/ffd05706985ad7abff263cfcfbfadf01b693e59ab30215c4767a77884f172f9562981236.pdf>).

визначений законом і б) упродовж десяти днів з дня отримання письмового повідомлення НАЗК про неподання декларації⁹⁵.

Якщо ж визнавати кримінально караним неподанням декларації її неподання саме і тільки в строк, визначений Законом України «Про запобігання корупції» (тобто обмежувати, як це і зробив ККС ВС в аналізованій постанові, зміст неподання декларації тільки вказівкою на її неподання в строк, визначений законодавством), то неможливо буде відрізнити це кримінально-протиправне посягання від несвоєчасного подання декларації без поважних причин, за що, як уже зазначалося, передбачено адміністративну відповідальність (ч. 1 ст. 172-6 КУпАП). Отже, під неподанням декларації з погляду кваліфікації за ст. 366-3 КК слід розуміти невиконання суб'єктом декларування обов'язку подати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у порядку, визначеному в ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції», якщо після одержання повідомлення НАЗК про факт неподання декларації суб'єкт декларування не виконав обов'язок, визначений в ч. 2 ст. 51-2 цього Закону.

Викладений усталений (панівний до недавнього часу) алгоритм розмежування, звісно, не є ідеальним⁹⁶, однак придумати щось краще

⁹⁵ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1157; Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 229; Чумак К. Окремі аспекти кримінальної відповідальності за умисне неподання електронної декларації. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4/2. С. 107.

⁹⁶ Дослідники небезпідставно звертають увагу на те, що ч. 3 ст. 49 Закону України «Про запобігання корупції» (нині це ч. 2 ст. 51-2 вказаного Закону) є процесуальною нормою, оскільки регламентує дії не суб'єкта декларування, а суб'єкта, що здійснює контрольні функції, через що звернення до неї при розмежуванні між несвоєчасним поданням (адміністративний проступок) і неподанням декларації (злочин) не може не бентежити. Адже виходить, що відповідальність декларанта поставлена в залежність від оперативності дій контролюючих органів, а не від його власної поведінки. Водночас безспірним визнається положення про те, що подання декларації після спливу встановленого законом строку, але до моменту виявлення факту її неподання в цей строк має розцінюватися саме як несвоєчасне подання декларації (див.: Арманов М., Книженко О., Ярмаш Н. Актуальні питання кваліфікації порушення вимог фінансового контролю. *Вісник прокуратури*. 2016. № 3. С. 28–29).

Окремими науковцями наводяться вагомі аргументи на користь положення про доцільність декриміналізації неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. З-поміж іншого слушно констатується, що на сьогодні склалася алогічна ситуація, коли невиконання законних вимог НАЗК щодо усунення порушень законодавства про запобігання і протидію корупції, за загальним правилом, визнається адміністративним правопорушенням (ст. 188-46 КУпАП); водночас у випадку ідентичної поведінки особи, яка не виконала законну вимогу НАЗК стосовно усунення такого порушення законодавства, як несвоєчасне подання декларації, вчинене має кваліфікуватися вже не за ст. 188-46 КУпАП, а за ст. 366-3 КК (див. докладніше: Мовчан Р.О., Янівський В.М. Криміналізація умисного неподання декларації: pro at contra. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького: Журнал. Серія Право*. 2023. Вип. 16 (28). С. 133–140; Янівський В.М. Декларування недостовірної інформації та умисне неподання декларації: соціальна обумовленість криміналізації, аналіз складів кримінальних правопорушень: дис. ... д-ра філософії: 081 «Право». Вінниця, 2023. С. 13–14, 195–196).

складно, хоч і не можливо⁹⁷. Натомість обраний ККС ВС підхід до розв'язання розглядуваного питання робить межу між складами правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 172-6 КУпАП і ст. 366-3 КК, вкрай умовною (невизначеною), що, до того ж, виглядає малосумісним з вимогою передбачуваності для особи застосованого до неї покарання (ст. 7(1) ЄКПЛ).

По-друге, складно погодитися з категоричним запереченням ККС ВС значення для розв'язання питань кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією, роз'яснень НАЗК⁹⁸. Звісно, у конкретному кримінальному провадженні посилення на роз'яснення НАЗК від 3 лютого 2021 р. № 1, яке зробив суд апеляційної інстанції, було недоречним, оскільки у цьому документі кримінальна відповідальність за неподання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, насправді не пов'язувалася з повідомленням НАЗК, а такого тлумачення роз'ясненню НАЗК надав суд апеляційної інстанції. Однак у загальному плані відкидання роз'яснень НАЗК для цілей кваліфікації кримінальних правопорушень, передбачених ст. 366-2 і ст. 366-3 КК, видається сумнівним кроком, зокрема, з огляду на вимоги ст. 7(1) ЄКПЛ, неодноразово згадуваної у нашому науковому огляді. Оскільки ці положення КК мають у своїй основі положення антикорупційного законодавства щодо декларування осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування⁹⁹, а суб'єкти декларування, беручи участь у цьому

⁹⁷ Наприклад, альтернативний підхід до здійснення відповідного розмежування обстоює Д. Михайленко, який вважає, що кваліфікація діяння особи як кримінально караного неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачає, що така декларація не подана «аж» на момент видалення суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку у справі (див.: Михайленко Д.Г. Взаємодія елементів деліктного законодавства для забезпечення антикорупційного фінансового контролю. *Судова та слідча практика в Україні*. 2017. № 4. С. 32–33). Видається, однак, що такий підхід, який ґрунтується головним чином на філологічному (буквальному) тлумаченні законодавчих термінів «несвоєчасне подання» і «неподання», суперечить чинному антикорупційному законодавству.

⁹⁸ Це саме сумнівне положення міститься, зокрема, й в іншому рішенні суду касаційної інстанції (див.: постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 листопада 2019 р. у справі № 236/6/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86070651>).

⁹⁹ Статус Закону України «Про запобігання корупції» у контексті кримінально-правових заборон, закріплених у статтях 366-2 і 366-3 КК, є особливим, адже він буквально «вмонтований» в їхній зміст. Цей Закон, передусім ті його положення, що регулюють декларування особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є невід'ємним компонентом диспозицій статей 366-2, 366-3 КК, визначаючи конкретний кримінально-правовий зміст низки ознак основного і кваліфікованого складів кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією. Оскільки диспозиції вказаних статей КК містять безпосередню «прив'язку» Закону України «Про запобігання корупції» як до акта, що визначає зміст і порядок подання декларації, будь-яка законодавча зміна порядку реалізації цього обов'язку впливає на зміст відповідних кримінально-правових заборон. Саме це логіка, до речі, знайшла відбиття в одній з нещодавно ухвалених постанов ККС ВС (див.: постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12 березня 2026 р. у справі № 751/10686/23. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/135000617>).

процесі так чи інакше орієнтуються на надані НАЗК роз'яснення антикорупційного законодавства, це означає, що такі роз'яснення формують у суб'єктів декларування уявлення про межу між обов'язковим та необов'язковим під час декларування і, в підсумку, впливають на уявлення суб'єктів декларування про те, чи можуть їхні діяння, пов'язані з процесом декларування, мати для них наслідком кримінальну відповідальність¹⁰⁰. Якщо роз'яснення НАЗК формуватимуть у суб'єктів декларування впевненість у тому, що їхні діяння не матимуть для них наслідком кримінальну відповідальність, то подальше накладення на них такої відповідальності за відповідні діяння з високою ймовірністю становитиме порушення конвенційної гарантії передбачуваності засудження особи на підставі закону.

До спірних питань кваліфікації за **ст. 368 КК «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою»** з-поміж іншого належить кримінально-правова оцінка одержання службовою особою майна за дію (бездіяльність), яку вона з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні цього поняття) не спроможна вчинити, хоч певна дія (бездіяльність) бажана для особи, яка надає майно (або для третьої особи), і вона вважає, що «публічна» службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність).

Один із теоретичних підходів до розв'язання цієї проблеми, започаткований ще у радянській кримінально-правовій науці, полягає у тому, що вказані дії суб'єкта є реалізацією умислу на заволодіння чужим майном шляхом зловживання довірою, не означають використання винним свого службового становища, передусім заподіюють шкоду відносинам власності,

¹⁰⁰ У випадку вчинення кримінального правопорушення, передбаченого нормою КК із бланкетною диспозицією, усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння як характеристика умислу є похідним від розуміння суб'єктом протиправності своєї поведінки, визначеної регулятивним законодавством (див.: Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю. *Право України*. 2011. № 9. С. 82–91). 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, то кримінальна відповідальність повинна виключатись за відсутністю вини (див.: Панов М., Квасневська Н. Кваліфікація злочинів при бланкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність. *Право України*. 2010. № 9. С. 53).

Підтверджуючи правильність висновків ВАКС та АП ВАКС про відсутність у діях колишнього Міністра інфраструктури України складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 211 КК, ККС ВС з-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 експосадовцем протиправності своїх дій, а це доводить відсутність умислу на порушення бюджетного законодавства, а отже, і суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 211 КК (див.: постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 березня 2023 р. у справі № 991/9129/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110010448>).

через що мають розцінюватись як шахрайство¹⁰¹. Судові рішення, в яких знаходить відбиття такий теоретичний підхід (останній може бути позначений як «концепція реальної можливості»)¹⁰² і вказується на відсутність складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, у подібних випадках, є численними. При цьому під час судових розглядів кримінальних проваджень нерідко здійснюється перекваліфікація дій фігурантів на ст. 190 КК «Шахрайство» при тому, що така кримінально-правова оцінка вчиненого щонайменше не враховує суб'єктний склад аналізованої поведінки.

Автори цих рядків натомість переконані у тому, що у розглядуваній ситуації акцент варто робити на уявленні того, хто пропонує (обіцяє) або надає неправомірну вигоду, про можливість позитивного для нього вирішення конкретного питання службовою особою, її можливість сприяти прийняттю (зокрема колегіальним органом) рішення, бажаного для зацікавленої особи (відведення земельної ділянки, видача дозволу на проведення масового заходу, реалізація арештованого майна всупереч встановленому порядку, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності тощо). Попри наявність у поведінці службової особи у цьому разі обману, вчинене не виходить за межі службового злочину, а обман не трансформує скоєне у кримінальне правопорушення проти власності. Адже службова особа розуміє, що неправомірна вигода пропонується (обіцяється) або надається їй за дії чи бездіяльність по службі. Крім того, умислом службової особи охоплюється усвідомлення того, що суб'єкт «активного» підкупу сприймає свою поведінку як пропозицію (обіцянку) або надання НВ. Кваліфікація вчиненого у цьому разі за ст. 368

¹⁰¹ Див., зокрема: Пономарьова Т.І. Одержання неправомірної вигоди шляхом зловживання довірою: проблеми кваліфікації. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. Харків: Золота миля, 2015. С. 180–182; Третьяков Д.А. Кримінальна відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 117; Цивінський О.І. Відповідальність за заволодіння чужим майном, вчинене службовою особою, за кримінальним правом України: дис. ... д-ра філософії: 081 «Право». Львів, 2023. С. 216; Назимко Є.С., Пономарьова Т.І., Назимко О.В. Особливості кримінально-правової кваліфікації кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України: узагальнення судової практики. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2025. № 7. С. 313–315.

¹⁰² Судячи з контексту, прибічниками цієї концепції є також автори окремих аналітичних матеріалів (див., наприклад: Звіт за результатами аналізу судової практики притягнення до відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією кримінальні правопорушення за 2022 рік / Національне агентство з питань запобігання корупції, громадська організація «Центр політико-правових реформ». 2024. С. 47. URL: <https://pravo.org.ua/wp-content/uploads/2024/10/zvit-nazk-tsppr.pdf>; Звіт за результатами аналізу судової практики притягнення до відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією кримінальні правопорушення за 2023 рік / Національне агентство з питань запобігання корупції, громадська організація «Центр політико-правових реформ». 2025. С. 73–74, 80. URL: <https://skilky-skilky.info/wp-content/uploads/2025/05/Zvit-za-rezultatamy-analizu-sudovoi-praktyky-prytyahennia-do-vidpovidalnosti-za-koruptsiyni-ta-poviazani-z-koruptsiiei-kryminalni-pravoporushennia-za-2023-rik.pdf>).

КК, а не, наприклад, за ст. 190 КК дає змогу врахувати зв'язок між злочинами, передбаченими статтями 368, 369 КК, а також те, що аналізована поведінка службової особи (корумпованої щонайменше суб'єктивно) посягає на відносини (цінності), які становлять основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК. До того ж фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує (обіцяє) чи надає НВ, чи в інтересах третьої особи, знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК¹⁰³.

Доречно пригадати і те, що, починаючи з моменту ухвалення Закону від 11 липня 1995 р. «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб», законодавець, описуючи ознаки складу злочину, передбаченого ст. 168 КК 1960 р., не використовує для характеристики поведінки суб'єкта злочину «одержання хабара», зворот «повинна або могла вчинити...». Роз'яснення ж про те, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що «службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона *могла або повинна була виконати* (курсив наш – О. Д., К. З.) з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків» (абз. 1 п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»), будучи інерційним, безпідставно не враховує цю законодавчу зміну, хоч донині використовується окремими представниками суддівського корпусу включно із суддями ККС ВС¹⁰⁴.

На користь обстоюваного нами підходу вказує і п. 39 Пояснювальної доповіді до Кримінальної конвенції РЄ проти корупції, в якому наголошується на призначенні кримінально-правових заборон на кшталт ст. 368 КК. Мовиться про те, що вирішальним елементом складу хабарництва є не те, чи володіє посадова особа якимось розсудом на те, щоб діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй з метою від неї щось одержати запропонували, надали або пообіцяли хабара. Хабародавець може і не знати, чи володіє посадова особа такою свободою дій, однак для наявності складу злочину «давання хабара національним публічним посадовим особам» це

¹⁰³ Дудоров О.О., Коломоець Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. С. 321–325.

¹⁰⁴ Див., наприклад: постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 27 листопада 2021 р. у справі № 569/16738/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78268017>

Інші подібні прецеденти вказуватимуться нижче.

положення є нерелевантним. Конвенція має на меті зберегти довіру громадян до справедливої публічної адміністрації. Очевидно, що судова практика, яка виходить з того, що пасивний підкуп службової особи має місце лише тоді, коли в неї була реальна можливість вчинити або не вчинити діяння, за яке вона одержує НВ, не узгоджується з наведеним телеологічним тлумаченням. Інакше кажучи, «концепція реальної можливості», яка реалізується частиною українських судів, – один із проявів невідповідності вітчизняного кримінального законодавства міжнародним антикорупційним конвенціям; причому ця невідповідність має прихований характер, бо виявляється не через текст ст. 368 КК, а через практику її застосування судами¹⁰⁵.

Положення про те, що в розглядуваній ситуації пріоритет повинна мати ст. 368 КК, а не якась інша кримінально-правова заборона (наприклад, ст. 190 КК), докладно і суголосно викладеним вище аргументам обґрунтовується В. Навроцьким: 1) обман як спосіб заволодіння майном застосовується саме з використанням службового статусу: не будучи службовою особою, суб'єкт не зміг би заволодіти чужим майном. Будь-який злочин у сфері службової діяльності, зокрема передбачений ст. 368 КК, може поєднуватись з обманом¹⁰⁶; 2) шкода законним інтересам особи, яка намагалася здійснити підкуп службової особи, не заподіюється. Таку особу немає підстав вважати

¹⁰⁵ Задоя К.П. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. П. 8. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/vysnovok-shhodo-stanu-implementatsii-polozhen-mizhnar-odnyh-antykoruptsiy-nyh-konventsiiy-u.pdf>; Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / О. Калітенко, О. Леменов, Б. Малишев та ін.; за заг. ред. М. Хавронюка. Київ: Мишалов Д.В., 2021. С. 156. URL: <https://rpr.org.ua/news/alternatyvnyy-zvit-z-otsinky-efektyvnosti-vprovadzhennia-derzhavnoi-antykoruptsiynoi-poli-tyky/>

¹⁰⁶ До речі, цю обставину визнає й ОП ККС ВС, стверджуючи, що у разі, коли потерпілий доручає суб'єкту злочину як службовій особі, якій він підпорядкований і від якої залежить, і остання використовує «авторитет посади» з метою заволодіння чужим майном внаслідок обману щодо своїх дійсних намірів не виконувати обіцянки спрямувати надані ним кошти на погашення недостачі, такі дії мають кваліфікуватися за ст. 368 КК у випадках, коли службова особа наділена повноваженнями отримувати відшкодування шкоди за нестачу майна, видавати відповідний наказ тощо. Обман у намірах у такому разі не має вирішального кримінально-правового значення під час кваліфікації дій винуватої особи – чуже майно службова особа одержує як неправомірну вигоду з використанням наданої їй влади та службового становища, де на кваліфікацію не впливає той факт, чи мала на меті службова особа виконати певні дії з використанням наданих їй повноважень, чи прагнула вона у такий спосіб збільшити власні (третіх осіб) майнові фонди за рахунок чужого майна. У цьому кримінальному провадженні перекваліфікація дій обвинуваченого (начальника відділу зберігання військової частини) з ч. 3 ст. 368 на ч. 2 ст. 190 КК була зумовлена встановленням місцевим та апеляційним судами тієї обставини, що грошові кошти обвинувачений від свого підлеглого (той вчинив крадіжку військового авіаційного майна) одержав не за повідомлення органів досудового розслідування і командування про вчинення підлеглим кримінального правопорушення і списання частини викраденого майна, а під виглядом спрямування їх (коштів) на погашення виявленої недостачі військового майна. Обвинувачений своїми діями ввів в оману потерпілого, який вважав, що обвинувачений діє правомірно і спрямовує надані ним кошти за призначенням (див.: постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17 жовтня 2022 р. у справі № 686/13801/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940469>).

потерпілим лише тому, що їй не вдалося домогтися від службової особи бажаної поведінки у своїх інтересах чи інтересах третіх осіб; 3) порушуються суспільні відносини з приводу використання влади, службового становища та пов'язаних з ними можливостей «публічними» службовими особами на засадах непідкупності (з отриманням оплати лише в установленому порядку) та неупередженості (виконання покладених функцій незалежно від підкупу з боку будь-яких осіб); 4) порушуються суспільні відносини, які виникають у зв'язку з безпідставним протиправним збагаченням винного, – другий обов'язковий об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК; 5) хабародавець», хоч йому і не вдалося досягти бажаного (відповідної поведінки службової особи), підлягає кримінальній відповідальності за підкуп службової особи за ст. 369 КК. Діяння ж, передбачене ст. 369 КК, перебуває у закономірному зв'язку з діянням, передбаченим ст. 368 КК; 6) суб'єктивно «хабародавець» сприймає свої дії як давання неправомірної вигоди – дії, завдяки яким можна «вирішити» справу, досягнути власних інтересів або інтересів третьої особи. «Хабарник» також суб'єктивно сприймає свою поведінку як злочинну, вчинену за наявності всіх ознак «хабарництва»; 7) з точки зору «хабарника» головне при використанні ним службового статусу – це не вчинення того чи іншого діяння за отриману НВ, а отримання останньої; 8) саме діяння, за вчинення якого одержується НВ, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ст. 368 КК: його фактичне невчинення не впливає на відповідальність за цією статтею КК. Вчений резюмує, що доводи на користь кваліфікації скоєного як «хабарництва», а не як шахрайства за вказаних обставин є більш переконливими за рахунок їхньої вагомості та системності, а не просто тому, що вони переважають кількісно. В. Навроцький також констатував, що ВСУ так і не виробив чіткої та обґрунтованої позиції з аналізованого питання кваліфікації – у практиці ВСУ траплялися рішення, які базувалися на різних теоретичних підходах¹⁰⁷.

За продемонстрованого плюралізму теоретичних підходів і, головне, суперечливої судової практики чітка, однозначна і стала позиція саме ККС ВС із розглядуваного питання кваліфікації має стати дороговказом для місцевих та апеляційних судів, інших правозастосувачів, спрямовуючи їх у

¹⁰⁷ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 135–136.

До речі, обстоюваний авторами цими рядками і В. Навроцьким підхід підтримують і розробники проекту нового КК України, які демонструють схвальне бажання внести ясність із розглядуваного питання кваліфікації у законодавчому порядку: у пропонованому визначенні поняття хабара (п. 63 ч. 2 ст. 1.1.1) використовується зворот «незалежно від наявності в неї реальної можливості вчинити або не вчинювати таку дію» (див.: Кримінальний кодекс України. Контрольний текст проєкту (станом на 14.01.2026 року). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2026/02/09/kontrolnyj-proyekt-kk-14-01-2026.pdf>).

належному руслі. Тим більше, що інкримінування порушення не ст. 368, а ст. 190 КК, яка, як відомо, не згадується у примітці ст. 45 КК, унеможливорює застосування до винної особи жорсткого кримінально-правового режиму протидії корупції, який полягає в обмеженні можливості (або забороні) застосування низки пільгових кримінально-правових засобів. Щоправда, вивчення відповідних рішень ККС ВС дало змогу переконатись у тому, що одні з цих рішень фактично ґрунтуються на «концепції реальної можливості», інші ж, навпаки, – її заперечують.

Так, в одній з постанов ККС ВС вирішувалось питання про правильність кваліфікації дій військового комісара Особи-7, до якого звернувся громадянин Особа-11 щодо отримання відстрочки від призову на військову службу за мобілізацією під час чергової хвилі мобілізації. Військовий комісар Особа-7 обвинувачувався у тому, що він, розуміючи те, що Особа-11 знятий з військового обліку як військовозобов'язаний та у зв'язку із досягненням граничного віку призову до лав ЗСУ не підлягає, з метою заволодіння чужим майном шляхом обману висунув Особі-11 незаконну вимогу щодо передачі на його користь побутової техніки кондиціонеру за надання відстрочки від призову на військову службу під час мобілізації. Надалі Особа-11, діючи під контролем правоохоронних органів, придбав кондиціонер і передав його Особі-7. Вироком районного суду Особа-7 був засуджений за ч. 1 ст. 190 КК, однак апеляційний суд скасував цей вирок на підставі п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з відсутністю встановлених достатніх доказів для доведення винуватості в суді та вичерпанням можливості їх отримати.

Скасовуючи ухвалу апеляційного суду та призначаючи новий розгляд у суді апеляційної інстанції, ККС ВС вирішив, що висновок апеляційного суду про відсутність у діях Особи-1 складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК, є передчасним і наслідком неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність. На підтвердження свого рішення ККС ВС зазначив, зокрема, таке: «... вказівка у ст. 190 КК на вчинення шахрайства стосовно чужого майна, виходячи з органічного зв'язку між його об'єктивними ознаками, психічне ставлення до яких необхідно встановити за змістом цієї кримінально-правової норми, свідчить про те, що кримінальна відповідальність за шахрайство пов'язана, як правило, не з встановленням ознак конкретної особи, власності якої заподіяно шкоду, а з встановленням усвідомлення винним факту заволодіння майном, яке належить іншій особі (чужим для нього), з метою його безоплатного, безповоротного обернення на

свою користь (чи третіх осіб) за відсутності законних підстав для того і збільшення внаслідок цього власних майнових фондів (чи третьої особи). Усвідомлення винуватим, кому саме належить чуже для нього майно та на яких підставах, чи заволодіває він майном, ввівши в оману (обманувши) власника предмета злочину чи іншу особу, у фактичному володінні якої перебуває предмет злочину, не є обов'язковим для встановлення ознак шахрайства, якщо не йдеться про врахування матеріального становища конкретного потерпілого за ч. 1 ст. 190 КК»¹⁰⁸.

Не піддаючи сумніву наведені вище положення, пов'язані з кримінально-правовою характеристикою шахрайства, і розуміючи вимоги ч. 3 ст. 337 КПК¹⁰⁹, якими зобов'язаний керуватися і суд касаційної інстанції, водночас констатуємо, що згадана постанова ККС ВС, в якій правильність кваліфікації дій службової особи (військового комісара) оцінюється саме і тільки під кутом ст. 190 КК, по суті є відображенням хибної, на нашу думку, «концепції реальної можливості».

Таке ж зауваження стосується і постанови ККС ВС, в якій зроблено висновок про правильність кваліфікації за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК дій начальниці відділу місцевих податків і зборів, плати за землю управління оподаткування та контролю об'єктів і операцій ДПП у Деснянському районі Головного управління Міндоходів у м. Києві Особи-1. Остання, знаючи про відсутність у неї повноважень ухвалювати рішення про неанулювання свідоцтва платника ПДВ, запропонувала керівнику одного з господарських товариств сплатити їй 2500 доларів США за підтримку податковою інспекцією цього товариства та неанулювання свідоцтва платника ПДВ, а також висловила міркування про «економічну привабливість» такого варіанту вирішення питання порівняно з тим, що можливий у випадку звернення підприємця до податкової поліції. Одразу після отримання коштів

¹⁰⁸ Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 14 вересня 2022 у справі № 419/703/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106315609>

Така ж мотивація наводиться у постанові ККС ВС, в якій вирішувалось питання про (не-)правильність інкримінування порушення ч. 1 ст. 190, ч. 1 ст. 364 КК (але чомусь не ст. 368 КК) слідчому. Той одержав від особи грошові кошти за обіцяне винесення постанови про закриття кримінального провадження, приховавши від особи інформацію про те, що кримінальне провадження вже закрито у встановленому порядку (див.: постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 серпня 2021 р. у справі № 712/10080/15-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98881875>).

¹⁰⁹ Відповідно до цієї процесуальної норми, яка чинить вагомий вплив на кримінально-правову кваліфікацію, з метою ухвалення справедливого судового рішення і захисту прав людини та її основоположних свобод суд має право вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження.

Особа-1 була затримана правоохоронцями. ККС ВС підкреслив, що «висновок апеляційного суду про доведеність винуватості Особи-1 у вчиненні суспільно небезпечного діяння *проти власності є обґрунтованим*»¹¹⁰ (курсив наш – О. Д., К. З.); до речі, відповідне кримінальне провадження відкривалось за ч. 4 ст. 368 КК).

На ч. 3 ст. 337 КПК послався ККС ВС, підтверджуючи правильність рішень місцевого та апеляційного судів у частині визнання заступника міського голови Особи-6 невинуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК, і виправдання Особи-6 за недоведеністю в його діях складу цього злочину. У постанові ККС ВС вказується, зокрема, на те, що в Особи-6 були 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, і що Особа-6 не міг вплинути на підставі свого службового становища на інших осіб щодо цих рішень, що, своєю чергою, виключає здійснення обвинуваченням будь-яких дій із використанням свого службового становища¹¹¹.

Не оцінюючи звернення у цьому разі до ч. 3 ст. 337 КПК і зосереджуючись на питаннях матеріального кримінального права, відзначимо, що в іншій справі ККС ВС задовольнив касаційну скаргу прокурора і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції справи щодо в. о. директора підприємства Особи-6. Суд касаційної інстанції вирішив, що дії цієї особи помилково кваліфіковані місцевим та апеляційним суди за ч. 3 ст. 190 КК. Ухвалюючи таке рішення, ККС ВС (услід за ВСУ¹¹²),

¹¹⁰ Постанова колегії суддів Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 травня 2020 р. у справі № 754/2623/14-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89107394>

¹¹¹ Постанова колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 січня 2021 р. у справі № 243/1573/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94194571>

¹¹² Мається на увазі щонайменше постанова Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 13 листопада 2014 р. у справі № 5020кс14, якою було підтверджено правильність засудження за ч. 3 ст. 368 КК міського голови м. Ніжина, котрий одержав 420 тис. доларів США за передачу в інтересах хабародавця у власність одного з господарських товариств нежитлового приміщення. Спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що дії міського голови не можуть кваліфікуватися за ст. 368 КК, оскільки рішення про виділення у власність нежитлового приміщення приймалося колегіальним органом (міською радою), ВСУ зазначив таке. Представник влади, одним з яких є керівник органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-яку винагороду у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Відповідальність за ст. 368 КК настає в тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі (зокрема, голові міської ради), усвідомлює, що дає його саме такій особі та у зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості. Враховуються також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавця, мета, яку переслідує останній, та його переконаність в тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач.

зокрема, звернув увагу на те, що кримінальна відповідальність за ст. 368 КК «настає у тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі, усвідомлює, що дає його саме такій особі й у зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості; ураховується також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мета, яку переслідує останній, та його переконаність у тому, що цієї мети буде досягнуто завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач»¹¹³.

Як бачимо, у цьому кримінальному провадженні (на відміну від попереднього) ККС ВС, відкинувши «концепцію реальної можливості», виправдано зробив акцент на, так би мовити, суб'єктивній корумпованості службової особи.

Навпаки, згадана концепція знаходить відбиття у постанові ККС ВС, якою підтверджено правильність висновку попередніх судових інстанцій про відсутність у діях головного бухгалтера комунальної установи «Територіальний центр соціального обслуговування (надання соціальних послуг)» Особи-1 складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК. Органом досудового розслідування Особа-1 обвинувачувалася у тому, що вона неодноразово висловлювала Особі-2 вимогу надати неправомірну вигоду (грошові кошти в сумі 17 тис. грн) за невчинення дій щодо виселення сестри Особи-2, на що та була вимушена погодитися з метою недопущення погіршення становища своєї сестри. Згодом Особа-1 одержала від Особи-2 ці кошти. Аргументуючи свою позицію, ККС ВС зазначив, що, якщо службова особа, виконуючи будь-які дії, не використовує можливості, пов'язані з її посадою, то в її діях відсутній склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК. Особа-1 як головний бухгалтер Територіального центру згідно зі своїми повноваженнями здійснює діяльність щодо організації бухгалтерського обліку фінансово-господарського напрямку, а поміщення чи виселення осіб з Територіального центру не входить до її компетенції. При цьому сторона обвинувачення не надала доказів, що

¹¹³ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 серпня 2024 р. у справі № 303/3590/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/121472493>

Такий самий підхід знайшов відбиття й в іншій постанові ККС ВС (див.: постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 7 липня 2021 р. у справі № 752/4292/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98267622>

обвинувачена, використовуючи своє службове становище, мала вплив на інших службових осіб, зокрема на завідувача Територіального центру¹¹⁴.

З цього приводу хочеться поставити таке (риторичне) питання: цікаво, а чи погодилася б Особа-2 надати Особі-1 гроші, якби вона не була упевнена в тому, що головний бухгалтер Територіального центру мала можливість з використанням свого службового становища ухвалити рішення щодо невиселення сестри Особи-2?

Також читаючи подібні подібні типові пояснення, з прикрістю вимушені констатувати, що чимало представників Феміди або не обізнані із наведеними вище аргументами, які спростовують правильність «концепції реальної можливості», або не зважають на ці аргументи. У будь-якому разі уніфікація судової практики із розглянутого питання кримінально-правової кваліфікації (для початку на рівні ККС ВС) видається нам украй бажаною.

Поява кримінально-правової заборони, присвяченої відповідальності за **зловживання впливом (ст. 369-2 КК)**, стала наслідком виконання Україною її міжнародно-правових зобов'язань. Положення щодо криміналізації такої поведінки містяться у двох чинних для України міжнародних договорах – це ст. 18 Конвенції ООН проти корупції від 2003 року (далі – КООНПК) і ст. 12 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією від 1999 року (далі – ETS 173)¹¹⁵. Набрання чинності ст. 369-2 КК породило низку дискусій як у науці кримінального права, так і в судовій практиці стосовно тлумачення окремих законодавчих характеристик передбаченого цією статтею зловживання впливом.

Справа у тому, що ст. 369-2 КК не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання (торгівлі) впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю публічних службових осіб і правомірних форм лобіювання, чітко не відображає, хоч і не відкидає її. Розглядувана кримінально-правова заборона, з одного боку, активно затребувана на практиці; проте, з іншого, її поява на виконання вказаних міжнародно-правових документів посилила казуїстичність КК, частково

¹¹⁴ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25 жовтня 2022 р. у справі № 695/2947/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106989014>

¹¹⁵ І ст. 18 КООНПК, і ст. 12 ETS 173 в офіційних перекладах конвенцій мають назву «Зловживання впливом», хоч в їхніх англійських текстах вживається зворот «trading in influence», який у перекладі на українську мову буквально означає «торгівля впливом».

створила як надмірність законодавчого описання поведінки, пов'язаної з корупцією, так і підґрунтя для правової невизначеності¹¹⁶.

Чи не найгостріша дискусія велася стосовно того, хто може бути відповідальним за пасивне зловживання впливом, з приводу чого теоретиками і практиками було висловлено чотири різні підходи¹¹⁷. Суперечливі підходи ККС ВС у частині кваліфікації зловживання впливом здатні були завести судову практику у «глухий кут»¹¹⁸. Нині згадана дискусія значною мірою (уточнимо – *de lege lata*) втратила свою гостроту, оскільки судовою практикою сформовано правову позицію, яка «добудувала» положення ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК.

Згідно з постановою ОП ККС ВС суб'єктом пасивного зловживання впливом є будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, яка за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. ОП ККС ВС підкреслила також, що поняттям впливом у цьому випадку охоплюється «в тому числі використання дружніх, родинних, особистих стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, тощо»¹¹⁹, і що згадане поняття «законодавець жодним чином не

¹¹⁶ Дудоров О.О., Коломєць Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. С. 229.

¹¹⁷ Див. про це, наприклад: Дудоров О.О. Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 3. С. 136–178.

¹¹⁸ Задоя К.П. Узагальнення проблем застосування законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини / Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. Пункти 32, 38. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/uzagalnennya-problem-zastosuvannya-zakonodavstva-shh-o-vstanovlyuye-vidpovidalnist-za-korupsiyni.pdf>

У судовій практиці навіть на рівні касаційної інстанції впродовж тривалого часу ознаки суб'єкта пасивного зловживання впливом тлумачилися непослідовно і суперечливо (див.: Вознюк А.А., Мішур М.В. Суб'єкт зловживання впливом: актуальні питання доктрини кримінального права та правозастосування. *Вісник ЛННІ ім. Е.О. Дідоренка*. 2024. Вип. 3. С. 48–49).

¹¹⁹ Поширене на практиці і підтримане ОП ККС ВС охоплення поняттям впливу (з погляду кваліфікації за ч. 2 ст. 369-2 КК) використання дружніх, родинних і подібних стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, суперечить законодавчому визначенню поняття корупції як використання відповідним суб'єктом службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»). До того ж легальна дефініція поняття корупційного правопорушення «прив'язана» до осіб, вичерпний перелік яких наводиться у ч. 1 ст. 3 згаданого Закону. Зазначені обставини ставлять під сумнів правильність беззастережного законодавчого віднесення (примітка ст. 45 КК) зловживання впливом до числа корупційних кримінальних правопорушень. З цього приводу Н. Ярмиш висловлюється вельми категорично: «... у разі, коли людина має лише дружні чи сусідські стосунки, завдяки яким може вплинути на особу, яка виконує функції держави, вона не є суб'єктом корупційного злочину. Тим більше, що вона й не зазначена серед таких у ст. 3 Закону, до якої відсилає визначення корупції» (див.: Ярмиш Н.М. Чи є корупціонерами суб'єкти злочину, передбаченого ст. 369-2 Кримінального кодексу України «Зловживання впливом»? *Інноваційний розвиток правової науки в умовах модернізації суспільства*: Матеріали X Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Національний авіаційний університет, 28 лютого 2020 р. Том 1. Тернопіль: Вектор, 2020. С. 455). Подібним чином міркує В. Киричко (див.: Киричко В.М. Актуальні питання прояву

обмежує лише впливом з використанням влади або службового становища»¹²⁰.

Правозастосовний орієнтир, втілений у постанові ОП ККС ВС, дістав різновекторні оцінки з боку фахівців, зокрема й авторів цих рядків¹²¹, що загалом було прогнозовано як через еклектичність наведеної у цьому документі аргументації, так і через суперечливість теоретичного тлумачення чи не всіх ключових ознак складів злочину «зловживання впливом» як нового для кримінального права України типу суспільно небезпечної поведінки, яка (суперечливість), своєю чергою, є результатом недостатньо якісного рівня імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у вітчизняну правову систему і до того ж неоднозначності самих цих положень (див. про це нижче).

На розгляді ОП ККС ВС питання про суб'єкта пасивного зловживання впливом опинилося через те, що ухвалою колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 25 листопада 2020 р. до ОП ККС ВС було передано

законодавчого вірусу (узаконеного свавілля), передбаченого ст. 369-2 «Зловживання впливом» Кримінального кодексу України. *Кримінально-правовопротидія 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. 65).

З іншого боку, позиція ОП ККС ВС стосовно змісту впливу, яким «торгує» суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, узгоджується із застереженнями, зробленими у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» і примітці ст. 45 КК, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі», а певні кримінальні правопорушення визнаються корупційними «відповідно до цього Кодексу». До того ж кримінальна протиправність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом (ч. 3 ст. 3 КК). Тому зрозуміло, чому ОП ККС ВС, здійснюючи тлумачення ст. 369-2 КК, не взяла до уваги неузгодженості, які мають місце між, з одного боку, текстом кримінального закону та, з іншого, визначеннями понять корупції та корупційного правопорушення, закріпленими у Законі України «Про запобігання корупції» як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією. І претензії у цьому разі – щодо (не-)узгодженості ст. 369-2 КК з іншими складниками антикорупційного законодавства – варто адресувати явно не на адресу ККС ВС.

¹²⁰ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938>

¹²¹ Дудоров О.О. Зловживання впливом: оцінка правозастосовного орієнтиру, сформульованого Верховним Судом, у контексті визначення перспектив кримінально-правової заборони щодо «фоновій» корупції. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 10. С. 635–645; Задоя К.П. Позиції судової практики України щодо суб'єкта пасивного зловживання впливом (ч.ч. 2, 3 ст. 369-2 КК) : проблема належного врахування положень міжнародних антикорупційних договорів. *Пам'яті професорів П.С. Матишевського та С. С. Яценка: 1. Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Особлива частина кримінального права України: наукова спадщина професора П.С. Матишевського та сучасність» (3 грудня 2021 року). 2. Збірка тез доповідей учасників науково-практичної конференції «Конституційні засади кримінального права України» (23 грудня 2021 року) / упоряд. А.А. Стрижевська, К.П. Задоя. Київ, 2022. С. 37–47; Киричко В.М. Висновки Верховного Суду щодо суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК): критичний теоретичний аналіз. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2021. № 1. С. 162–190; Марін О. Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навч. посіб. Київ: ВД «Дакор», 2021. С. 186–187.*

відповідне кримінальне провадження. У цій ухвалі було висловлено точку зору, згідно з якою суб'єкт пасивного зловживання впливом є спеціальним: суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, можуть виступати лише службові особи та особи, які надають публічні послуги, що здатні впливати на особу, уповноважену на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних зі службовими, в їх широкому розумінні, та професійними повноваженнями, обумовлених ними. Свою позицію колегія суддів мотивувала з-поміж іншого посиленнями на положення міжнародних антикорупційних договорів, на яких ґрунтується ст. 369-2 КК:

а) зміст словосполучення «будь-якій особі» у контексті ст. 12 ETS 173 означає будь-якою особою з тих осіб, які можуть зловживати впливом на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а не з тих, які загалом можуть примусити таку особу прийняти рішення чи схилити її до цього в будь-якій формі (шляхом насильства, погроз, шантажу, сімейних чи особистих відносин, уразливого стану тощо). Тобто йдеться про осіб, які мають законний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, і зловживають ним;

б) необмежено широке розуміння форм впливу суперечить як етимології словосполучення «зловживання впливом», використаного у назві ст. 369-2 КК, так і основній ідеї криміналізації зловживання впливом як прояву «фонові» корупції, відображеній у міжнародно-правових документах. З антикорупційних конвенцій впливає, що при зловживанні впливом особа, яка має реальний (чи помиляється щодо такого впливу, тобто має удаваний вплив) на особу, уповноважену на виконання функцій держави, по суті, конвертує цей вплив у неправомірну вигоду, що надається особою, яка бажає скористатися цим впливом;

в) текстуальна вказівка на зловживання впливом «державною посадовою особою чи такою іншою особою» в ст. 18 Конвенції ООН проти корупції вирішальним чином впливає на з'ясування питання про співвідношення норми ст. 369-2 КК із тими нормами, в яких йдеться про підкуп таких осіб або одержання ними неправомірної вигоди шляхом вимагання (статті 2-11 ETS 173; статті 15, 16, 21 КООНПК; статті 368, 368-3, 368-4, 369 КК).

З огляду на сказане і те, що поліцейський, засуджений за ч. 2 ст. 369-2 КК вироком Октябрського районного суду м. Полтави (вирок залишено без змін ухвалою Полтавського апеляційного суду), діяв шляхом використання свого неслужбового впливу, колегія суддів вирішила передати на розгляд ОП

ККС ВС відповідне кримінальне провадження. В його межах вирішувалося питання про правильність кваліфікації дій співробітника поліції (оперуповноваженого), який одержав неправомірну вигоду у розмірі 200 доларів США за вплив на прийняття рішення іншим поліцейським – слідчим Полтавського відділу поліції ГУ НП в Полтавській області – щодо активізації розслідування кримінального провадження, проведення допиту особи, на яку вказував потерпілий, і проведення інших необхідних слідчих і процесуальних дій¹²².

Прагнення тлумачити положення національного кримінального закону, яке має міжнародно-правову генезу, є цілком виправданим. Однак спосіб, у який колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС хотіла запровадити викладений загальний підхід у життя в конкретній ситуації із суб'єктом пасивного зловживання впливом, відзначається низкою помилок методологічного характеру. Взагалі слід зазначити, що на прикладі появи та інтерпретації ст. 369-2 КК рельєфно простежуються труднощі, пов'язані з такими формами інтернаціоналізації кримінального права України, як прийняття на виконання міжнародно-правових зобов'язань актів законодавства про кримінальну відповідальність, а також тлумачення і застосування судами чинного законодавства про кримінальну відповідальність згідно з міжнародно-правовими зобов'язаннями України.

По-перше, стверджуючи, що під «*будь-якими особами*» у ст. 12 ETS 173 йдеться про «осіб, які мають законний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, і зловживають ним», колегія суддів тим самим інтерпретує це конвенційне положення всупереч правилам тлумачення міжнародних договорів, передбаченим ст. 31 (загальне правило тлумачення) і ст. 32 (додаткові засоби тлумачення) Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 1969 року (далі – Віденська конвенція). Згідно з її ст. 31(1) договір повинен тлумачитися добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. З ухвали ж ККС ВС від 25 листопада 2020 р. не зрозуміло, чому об'єкт, цілі та контекст ETS 173 змушують розуміти формулювання «*будь-яка особа*» у тексті ст. 12 цієї Конвенції так вузько, як про це стверджує колегія суддів. Однак, якщо навіть текст ст. 12 ETS 173 і залишає простір для різночитань, то в світлі наступної

¹²² Ухвала колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25 листопада 2020 р. у справі № 554/5090/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217841>

практики застосування цього міжнародного договору (ст. 31(3)(b) Віденської конвенції) та його *travaux preparatoires* (підготовчих матеріалів) (ст. 32 Віденської конвенції) немає жодних сумнівів у тому, що інтерпретація ст. 12 ETS 173, якої дотримувалася колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС, є неприйнятною.

З підготовчих матеріалів до ETS 173 (пар. 64 Пояснювальної доповіді до неї) випливає, що зловживання впливом розуміється у ст. 12 цієї Конвенції як прояв так званої фонові корупції: криміналізація зловживання впливом має за мету дістатися до ближнього кола посадової особи або політичної партії, до якої він належить, і боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатися зі свого становища, що сприяє формуванню корумпованої атмосфери. Стаття дає Договірним сторонам змогу взятися за «фонову корупцію», яка послаблює віру громадян у справедливість державного управління. Ключовими у розумінні зловживання впливом як прояву «фонові корупції» є вказівки на те, що криміналізація цього типу поведінки прагне дістатися до «ближнього кола посадової особи або політичної партії», яке надалі характеризується як «особи, які перебувають поруч із владою». Це означає, що вплив, у зв'язку з яким суб'єкти пасивного зловживання впливом одержують неправомірну перевагу, в жодному випадку не зумовлений службовими зв'язками між суб'єктом пасивного зловживання впливом та особою, на яку прагне вплинути суб'єкт активного зловживання впливом. Навпаки, такий вплив має *неформальний* характер.

Додатково варто зробити акцент на тому, що з пар. 65 Пояснювальної доповіді до ETS 173 випливає, що колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС викривлено витлумачила природу зловживання впливом як прояву «фонові корупції». Ідея криміналізації зловживання впливом як прояву «фонові корупції» полягає не в тому, що особа «конвертує» будь-який свій вплив на іншу особу в неправомірну вигоду, як про це зазначається в ухвалі ККС ВС від 25 листопада 2020 р., а в тому, що такий вплив має саме *неформальний* (не зумовлений службовими чи іншими подібними відносинами) характер. Зловживання ж впливом, що має «формалізований» характер, у рамках ETS 173 є хабарництвом, яке держави-учасниці повинні криміналізувати згідно зі ст. 3 цієї Конвенції. В останньому положенні хабарництво визначається як «прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги з метою виконання чи невиконання ними своїх службових обов'язків». Як наслідок, у пар. 65 Пояснювальної доповіді до ETS 173

спеціально підкреслюється, що випадки зловживанням «формалізованим» впливом по суті є хабарництвом (ст. 3 ETS 173), а не зловживання впливом (ст. 12 ETS 173): різниця між зловживанням впливом і хабарництвом полягає в тому, що особа, яка пропонує свій вплив, не зобов'язана виконувати чи не виконувати службові обов'язки, як це робив би державний службовець.

Подібне прочитання ст. 12 ETS 173 взагалі та формулювання «будь-яка особа» підтверджує й подальша практика застосування цього міжнародного договору. Зокрема, про це свідчить моніторингова практика Групи держав проти корупції (GRECO), утвореної під егідою Ради Європи міжнародної організації, що покликана протидіяти корупції на європейському просторі. Згідно зі ст. 24 ETS 173 GRECO делеговано повноваження здійснювати контроль за виконанням державами цієї Конвенції. З погляду ст. 31(3)(b) Віденської конвенції практика GRECO у рамках реалізації наданих їй ETS 173 повноважень, звісно, не є практикою застосування міжнародного договору в суворому сенсі цього поняття, оскільки в ст. 31(3)(b) Віденської конвенції буквально йдеться про практику держав. Однак, з огляду на роль, відведену Групі держав проти корупції ст. 24 ETS 173, моніторингова практика GRECO може розглядатися як доказ (свідчення) практики застосування державами-учасниками ETS 173. Оцінюючи виконання державами ст. 12 ETS 173, GRECO неодноразово звертало увагу на те, що зловживання впливом не може бути зведене до «класичного» хабарництва у публічному секторі, зокрема з тих міркувань, що суб'єкт пасивного зловживання впливом не може розумітися як особа, котра займає певну посаду в публічному секторі.

Наприклад, така позиція була висловлена в пар. 62 Доповіді за підсумками Третього раунду оцінювання дотримання РФ ETS 173: зловживання впливом не криміналізоване як окреме правопорушення. На думку органів влади, положення про хабарництво, передбачені статтями 290, 291 КК РФ, або декілька інших положень, таких як ст. 291-1 КК РФ (посередництво у хабарництві), ст. 159 КК РФ (шахрайство), ст. 201 КК РФ (зловживання повноваженнями) або ст. 285 КК РФ (зловживання службовим становищем), можуть застосовуватися залежно від обставин. Оціночна команда GRECO вважає, що зазначені положення охоплюють деякі, але не всі значущі випадки. Наприклад, не зрозуміло, згідно з якими положеннями особа, яка не є державною посадовою особою, несе відповідальність за отримання переваги для власної вигоди в обмін на вплив на державну посадову особу. Понад те, на думку Оціночної команди GRECO, зазначені

вище типи правопорушень мають мало спільного із зловживанням впливом та явно випускають декілька конкретних і найважливіших елементів, що містяться у ст. 12 ETS 173¹²³.

Як бачимо, колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС при тлумаченні ст. 369-2 керувалася не правилами Віденської конвенції, а власними уявленнями про зміст цього конвенційного положення. Інакше кажучи, колегія підійшла до тлумачення положення міжнародного договору як до тлумачення звичайного акту національного законодавства. Заради справедливості варто відзначити, що подібні помилки властиві для національного судочинства багатьох правових систем: середній національний суддя, навіть у вищих судах, швидше за все, буде краще обізнаний з канонами свого національного законодавства щодо тлумачення законів або правочинів, ніж з Віденською конвенцією. Національні підходи можуть впливати на те, як вони підходять до тлумачення договорів. Наприклад, судді США мають схильність «мимоволі» застосувати правила тлумачення законів до міжнародних договорів¹²⁴.

По-друге, колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС, прагнучи витлумачити ст. 369-2 КК згідно з міжнародним правом, виходила з пріоритетності («вирішального впливу») для розв'язання розглядуваного питання ст. 18 КООНПК перед ст. 12 ETS 173. Порівняння тексту цих конвенційних положень справді дає підстави для висновку про їхню можливу змістову відмінність, адже в ст. 12 ETS 173 ідеться про «будь-яку особу», а в ст. 18 КООНПК про «державну посадову особу чи будь-яку іншу особу». Однак, якщо така відмінність і має місце, колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС не наводить жодних аргументів на користь «вирішального впливу» ст. 18 КООНПК для тлумачення ст. 369-2 КК. Загалом складається враження, що й у цьому випадку колегія суддів підійшла до міжнародних договорів як до звичайних актів національного законодавства. Проте міжнародна нормотворчість істотно різниться від нормотворчості на національному рівні. Міжнародні договори, на відміну від актів національного законодавства, не творяться з єдиного центру (єдиним сувереном), а є результатом узгодження волевиявлення рівноправних суб'єктів (держав). До того ж коло держав-учасниць ETS 17 і КООНПК є різним, що саме по собі не дає підстав для беззастережних суджень про те,

¹²³ Third Evaluation Round. Evaluation Report on the Russian Federation Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2) (Theme I). Adopted by GRECO at its 54th Plenary Meeting (Strasbourg, 20-23 March 20).

¹²⁴ Waibel M. Uniformity versus specialization (2): A uniform regime of treaty interpretation? *Research handbook on the law of treaties* / eds. C.J. Tams, A. Tzanakopoulos. Edward Elgar Publishing, 2014. С. 402.

що друга із цих конвенцій прояснює, уточнює чи розвиває положення першої. Інакше кажучи, кожен із цих міжнародних договорів є окремою «системою міжнародно-правових координат» із питання протидії корупції взагалі та криміналізації зловживання впливом зокрема, через що будь-які судження про перевагу однієї «системи» над іншою повинні мати аргументований, а не декларативний характер.

Крім цього, висновок колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС про «вирішальний вплив» ст. 18 КООНПК для тлумачення ст. 369-2 КК ігнорує важливий аспект формального характеру. З цих двох конвенційних положень лише ст. 12 ETS 173 має імперативний характер. Ст. 37 цієї Конвенції залишає державам-учасницям можливість не визнавати зловживанням впливом повністю або частково у своєму національному законодавстві кримінально караним діянням, зробивши про це застереження, однак Україна такою можливістю не скористалася. Отже, Україна безумовно зв'язана вимогами ст. 12 ETS 173. Що ж стосується ст. 18 КООНПК, то вона належить до так званого факультативного блоку криміналізації, залишаючи на розсуд держав-учасниць Конвенції питання щодо (не-)криміналізації зловживання впливом. З огляду на це, ст. 18 КООНПК не створює для України, як і для будь-якої держави-учасниці КООНПК, зобов'язань *sensu stricto*. Ця обставина явно не свідчить на користь «вирішального впливу» ст. 18 КООНПК на тлумачення ст. 369-2 КК.

Однак, якщо навіть припустити, що «вирішальний вплив» ст. 18 КООНПК справді має місце, колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС ігнорує те, що відмінність текстів ст. 12 ETS 173 і ст. 18 КООНПК має раціональне пояснення, оскільки у ст. 3 ETS 173 і ст. 15 КООНПК по-різному визначається пасивне хабарництво, що, як вже зазначалося вище, є суміжним щодо пасивного зловживання впливом типом поведінки.

На жаль, цю відмінність не передає офіційний український переклад тексту згаданих конвенційних положень, оскільки у випадку зі ст. 15 КООНПК пасивне хабарництво характеризується як вимагання чи одержання неправомірної переваги «з метою виконання чи невиконання своїх службових обов'язків», а у випадку зі ст. 3 ETS 173 – «під час виконання своїх посадових обов'язків». Ключовим у цьому випадку є те, що в обох випадках ідеться про обов'язки особи, однак в офіційному тексті конвенцій, укладеному англійською мовою, відповідні фрагменти тексту не викладені за допомогою ідентичних формулювань: у тексті ст. 15 КООНПК ідеться про «*official duties*», що дійсно можна перекласти як «посадові» чи «службові обов'язки»,

однак у тексті ст. 3 ETS 173 вжитий не термін «*official duties*», а термін «*functions*», якій буквально перекладається як «*функції*».

Проте найголовніше, що за цією текстуальною відмінністю криється змістова відмінність. Як випливає з пар. 39 Пояснювальної доповіді до ETS 173, держави-учасниці не визначали однією з умов відповідальності за пасивне хабарництво вчинення особою акту поведінки «*на порушення обов'язків*», а, навпаки, прагнули забезпечити криміналізацію за допомогою цього положення усіх ситуацій, коли «посадова особа» вимагає чи одержує неправомірну вигоду, оскільки сам цей факт підриває довіру громадськості в належне урядування: положення про хабарництво деяких держав-членів РЄ встановлюють певні відмінності щодо того, чи є дія, до якої схилиються, частиною обов'язку посадової особи, чи вона виходить за межі своїх обов'язків. Однак такий додатковий елемент «порушення обов'язків» не вважався необхідним для цілей цієї Конвенції. Її розробники вважали, що вирішальним елементом злочину є не наявність у посадової особи будь-яких повноважень діяти, як того прагне хабарник, а те, чи був йому запропонований, даний чи обіцяний хабар, щоб отримати від нього щось. Хабарник, можливо, навіть і не знав, чи мала посадова особа компетенцію, оскільки для цілей цього положення цей елемент не має значення.

З огляду на сказане, не дивно, чому в контексті положень ETS 173 пасивне зловживання впливом розуміється як вимагання чи одержання неправомірної переваги за вплив, що не має «формалізованого характеру» (див. про це вище). Інша ситуація має місце у випадку з положеннями КООНПК. Наприклад, з підготовленого Управлінням ООН з наркотиків та злочинності документа під назвою «Хід здійснення Конвенції ООН проти корупції. Криміналізація, правоохоронна діяльність та міжнародне співробітництво» (2017 рік) випливає, що ст. 15 цієї Конвенції, на відміну від ст. 3 ETS 173, включає елемент «порушення обов'язку» у визначення пасивного хабарництва: ст. 15 не розповсюджується на випадки пропозицій або прийняття переваги за вчинення одержувачем будь-яких дій поза рамками його службових обов'язків та не як публічної посадової особи. У Конвенції йдеться про підкуп у цілях вчинення посадовими особами дій або бездіяльності при виконанні своїх конкретних обов'язків, тобто дій або бездіяльності, що належать до сфери повноважень посадової особи або до кола його чи її обов'язків, передбачених законом.

Таким чином, у ст. 15 КООНПК пасивне хабарництво розуміється вужче, ніж у ст. 3 ETS 173. Відповідно, цілком закономірно, що у ст. 18

КООНПК пасивне зловживання впливом розуміється ширше, ніж у ст. 12 ETS 173. Останнє підтверджує і порівняння тексту конвенційних положень, і положення «Ходу здійснення Конвенції ООН проти корупції. Криміналізація, правоохоронна діяльність та міжнародне співробітництво»: ст. 18 стосується не лише зловживання впливом з боку державних посадових осіб, а й поведінки приватних осіб, що зловживають своїм справжнім або удаваним впливом на здійснення функцій державного управління.

Як бачимо, текстуальна і змістова відмінність ст. 12 ETS 173 і ст. 18 КООНПК має раціональне пояснення з огляду на весь масив положень цих міжнародних договорів, однак це жодним чином не підтверджує необхідність вкрай вузького тлумачення ст. 369-2 КК, яке обстоювала у своїй ухвалі колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС. На жаль, доводиться констатувати, що до тлумачення ст. 18 КООНПК колегія підійшла так само довільно, як й у випадку зі ст. 12 ETS 173.

Отже, попри те, що окремі представники науки кримінального права *post factum* підтримали позицію колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС щодо суб'єкта пасивного зловживання впливом¹²⁵, вона (позиція) виглядає непереконаливою. Тому заслуговує на позитивну оцінку те, що ОП ККС ВС у підсумку не підтримала позицію колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС і сформулювала (як уже зазначалося) інший правовий висновок стосовно суб'єкта пасивного зловживання впливом. Щоправда, і цей висновок залишає відкритими низку питань, пов'язаних із міжнародно-правовими зобов'язаннями України щодо криміналізації зловживання впливом.

На момент початку антикорупційної реформи національного законодавства України, одним з елементів якої стало запровадження кримінально-правової заборони, присвяченої відповідальності за зловживання впливом, вітчизняне кримінальне законодавство (ст. 368 КК) допускало, що відповідальність за пасивне хабарництво не обов'язково пов'язується з «порушенням обов'язку». Зокрема, в абз. 1 п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснювалося, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї

¹²⁵ Киричко В.М. Висновки Верховного Суду щодо суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК): критичний теоретичний аналіз. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2021. № 1. С. 162–190.

організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу. Ключовою у цій правовій позиції є вказівка на дії, які службова особа не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу. При цьому численні зміни, що вносилися до ст. 368 КК, не дають підстав вважати, що згадана правова позиція перестала бути актуальною.

Отже, розв'язуючи питання про суб'єкта пасивного зловживання впливом, ОП ККС ВС доцільно було орієнтуватися на попередні позиції української судової практики щодо пасивного хабарництва та, як наслідок, визначити суб'єкта пасивного зловживання впливом вузько, тобто згідно з «імперативною» ст. 12 ETS 173. Розв'язуючи ж питання про суб'єкта пасивного зловживання в дусі «факультативної» ст. 18 КООНПК та уникаючи висновків щодо того, як ця нова позиція узгоджується з позицією, викладеною в абз. 1 п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5, ОП ККС ВС створила підґрунтя для того, що однотипні ситуації будуть в одних випадках одержувати правову оцінку як пасивне зловживання впливом, а в інших – як пасивне хабарництво, що навряд чи можна вважати належним виконанням і ст. 12 ETS 173, і ст. 18 КООНПК. Нині значна частина «класичного» хабарництва за участю «публічних» службових осіб охоплюється диспозицією ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, а отже, розглядається як прояв «фонові» корупції»¹²⁶, й ОП ККС ВС фактично підтвердила правильність такого панівного правозастосування, адже зробила висновок про охоплення поняттям впливу (з погляду кваліфікації за ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК) вжиття службовою особою заходів до вчинення дій іншими особами (непідпорядкованими їй і тими, які не перебувають від неї в службовій залежності), коли службова особа використовує службовий авторитет, свої зв'язки зі службовими особами, інші можливості, обумовлені займаною

¹²⁶ Цей вкрай негативний тренд констатують (однак не оцінюють) автори окремих аналітичних матеріалів, зазначаючи, що спостерігається тенденція щодо зростання судових рішень, у яких суди встановлювали, що особа, обвинувачена за ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, є службовою особою, ознаки якої описано у ч. 3 ст. 18 КК та яка повинна була використати можливості, які вона мала завдяки наданій їй владі чи службовому становищу (див.: Звіт за результатами аналізу судової практики притягнення до відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією кримінальні правопорушення за 2023 рік / Національне агентство з питань запобігання корупції, громадська організація «Центр політико-правових реформ». 2025. С. 94-95. URL: <https://skilky-skilky.info/wp-content/uploads/2025/05/Zvit-za-rezultatamy-analizu-sudovoi-praktyky-prytyahnnennia-do-vidpovidalnosti-za-koruptsiyni-ta-poviazani-z-koruptsiiei-kryminalni-pravoporushennia-za-2023-rik.pdf>).

посадою¹²⁷. Задля справедливості відзначимо, що частина науковців вважає так само¹²⁸.

Однак визначаючи пасивне хабарництво і пасивне зловживання впливом по-різному, вказані міжнародні договори не дають державам-учасникам *carte blanche* виконувати положення щодо криміналізації двох зазначених типів поведінки у непослідовний і хаотичний спосіб. Тому має рацію О. Марін, який зауважує, що використання можливостей спеціального статусу (фактично службового становища) не можна визнати рівнозначним за суспільною небезпекою із використанням, зокрема, добросусідських чи родинних стосунків. Через це використання можливостей спеціального статусу, яке купується загальним суб'єктом, є суспільно небезпечнішим, а отже, має одержувати кримінально-правову оцінку за статтею КК із більш жорсткою санкцією, наприклад, за ст. 368 КК, а не ч. 2 ст. 369-2 КК¹²⁹. Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, має визнаватися особа, яка не використовує становище працівника підприємства, установи, організації, владу, службове становище службової особи або повноваження особи, яка надає публічні послуги¹³⁰. Поділяючи цю точку зору, А. Вознюк і М. Мішура, відзначають, що «головне призначення ст. 369-2 КК України – забезпечення кримінально-правової охорони суспільних відносин від фонові корупції, тобто вона повинна стосуватися осіб, які не є службовими, однак «перебувають поряд». Тому службові особи повинні відповідати все ж за ст. 368, а не 369-2 КК України»¹³¹. Саме з цих міркувань, на нашу думку, і слід виходити при формулюванні оновленого правового висновку ККС ВС щодо суб'єкта пасивного зловживання впливом.

¹²⁷ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938>

¹²⁸ Див., зокрема: Андрушко П.П. Доктринальне тлумачення, окремі кримінально-правові аспекти застосування стаття 369-2 КК України (Зловживання впливом). *Юридичний вісник України*. 2014. 12–18 квіт. (№ 15); Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 237, 245–246; Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 174–177.

¹²⁹ Марін О. Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навчальний посібник. Київ: ВД «Дакор», 2021. С. 186–187.

¹³⁰ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задоя. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 61–62; Задоя К.П. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини / Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. П. 17. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/vysnovok-shhodo-stanu-implementatsii-polozhen-mizhnarodnyh-antykoruptsiy-nyh-konventsiiy-u.pdf>

¹³¹ Вознюк А.А., Мішура М.В. Суб'єкт зловживання впливом: актуальні питання доктрини кримінального права та правозастосування. *Вісник ЛННІ ім. Е.О. Дідоренка*. 2024. Вип. 3. С. 57, 60.

Невизначеність із питання розмежування складів пасивного хабарництва (ст. 368 КК) і пасивного зловживання впливом (ч. 2, ч. 3 ст. 369-2 КК), виникненню якою сприяла постанова ОП ККС ВС, очікувано відобразилася й на питанні розмежування складів активного хабарництва (ст. 369 КК) та активного зловживання впливом (ч. 1 ст. 369-2 КК).

Так, розглядаючи касаційну скаргу сторони захисту, в якій вказувалося на те, що дії обвинуваченого Особи-8, який вчинив активний підкуп військового прокурора Південного регіону України з метою спонукати його вчинити дії, спрямовані на зняття арешту із судна та його вантажу, слід кваліфікувати не за ч. 3 ст. 369 КК, а за ст. 369-2 КК (бо прокурор мав можливості лише для впливу на прийняття рішення про зняття арешту суддею як особою, уповноваженою на виконання функцій держави), ККС ВС підтвердив правильність рішень судів нижчих інстанцій. При цьому, відмовляючи у задоволенні скарги захисника, суд касаційної інстанції з-поміж іншого послався на ст. 2 ETS 173 (дача хабара національним державним посадовим особам) і на Пояснювальну доповідь до неї. Зокрема, ККС ВС наголосив на тому, що згідно з Пояснювальною доповіддю вирішальним елементом дачі хабара національним державним посадовим особам «є не те, чи мала посадова особа будь-які повноваження діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй запропонували, дали або пообіцяли хабар, щоб отримати будь що від неї», і, відповідно, «хабародавець навіть може не знати, чи мав посадовець необхідні повноваження, оскільки цей елемент не має значення для цілей цього положення»¹³².

Таким чином, на думку ККС ВС, активне хабарництво й активне зловживання впливом розмежовуються тим, що при зловживанні впливом надавач неправомірної вигоди розуміє, що особа, якій він пропонує хабар, неповноважна вчиняти або утриматися від вчинення дій, які є предметом корупційної угоди, але має (або стверджувано має) можливості вплинути на того, в кого є такі повноваження. Оскільки у конкретному кримінальному провадженні ККС ВС констатував, що засуджений не мав чіткого уявлення про характер дій, які будуть вчинені за запропонований ним хабар, і це не мало для нього значення на шляху до досягнення мети, було зроблено висновок про те, що дії засудженого були правильно кваліфіковані судами нижчих інстанцій як активне хабарництво.

¹³² Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10 грудня 2024 р. у справі № 757/38626/17-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123841690>

Вважаємо, що наведені міркування ККС ВС ґрунтуються на викривленому тлумаченні положень ETS 173 і Пояснювальної доповіді до неї. Згідно зі ст. 2 ETS 173 активне хабарництво цілком може мати місце й у випадку, коли обвинувачений, говорячи мовою ККС ВС, «не мав чіткого уявлення про характер дій, які будуть вчинені за запропонований ним хабар». Про це прямо свідчить фрагмент Пояснювальної доповіді до ETS 173, на який послався суд касаційної інстанції. У правовій рамці ETS 173 питання розмежування активного хабарництва й активного зловживання впливом є похідним від питання про розмежування пасивного хабарництва та пасивного зловживання впливом. Оскільки, як зазначалося вище, друге питання розв'язується у правовій рамці ETS 173 з огляду на специфіку суб'єкта злочину, перше питання, відповідно, розв'язується з огляду на специфіку адресата злочинного впливу: у випадку з активним хабарництвом ним згідно зі ст. 2 ETS 173 є національна державна посадова особа, а у випадку з активним зловживанням впливом – це особа, котра сама не наділена владою, але перебуває у ближньому колі владних суб'єктів. З огляду на те, що в аналізованій постанові ККС ВС не навів інших конкретних доводів на користь свого висновку про розмежування активного хабарництва (ст. 369 КК) та активного зловживання впливу (ч. 1 ст. 369-2 КК), виявляється, що межа між складами цих кримінальних правопорушень позбавлена чіткості. Це, щоправда, не має дивувати, оскільки, як зазначалося вище, ККС ВС належним чином не розв'язав питання про розмежування складів пасивного хабарництва (ст. 368 КК) і пасивного зловживання впливом (ч. 2, ч. 3 ст. 369-2 КК), а склади активного та пасивного хабарництва й активного та пасивного зловживання впливом кореспондують між собою в частині ознак адресата злочинного впливу та суб'єкта злочину.

Певне занепокоєння викликає і висловлена в одній з постанов ККС ВС теза про те, що при кваліфікації пасивного зловживання впливом «важливим є встановлення потенційної можливості здійснення такого впливу та коло осіб чи конкретна особа, на яких він може бути спрямований або був спрямований»¹³³.

Якщо ця обставина справді має значення для кваліфікації розглядуваного кримінального правопорушення, то це виключає можливість засудження особи за ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, коли вона зловживала

¹³³ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 20 травня 2025 р. у справі № 554/7470/16-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/127645850>

(торгувала) удаваним впливом на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування¹³⁴. Однак це суперечить не лише ст. 12 ЕТС 173 та Пояснювальній доповіді до неї, а й висновку ОП ККС ВС, яка, акцентувавши увагу на реальності впливу в уявленні того, хто, надаючи (обіцяючи, пропонуючи) неправомірну вигоду, вчиняє активне зловживання впливом, підтвердила слушність положення про те, що кримінальна відповідальність за зловживання впливом має наставати незалежно від того, чи такий вплив здійснюється, чи буде він насправді здійснюватись і чи особа (суб'єкт пасивного зловживання впливом) взагалі спроможна здійснити такий вплив¹³⁵. Інша справа, що за певного прочитання висновок, сформульований ОП ККС ВС, дає підстави вважати, що при вчиненні пасивного зловживання впливом особа зловживає виключно удаваним впливом на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування («будь-яка особа, яка в уяві того, хто здійснює підкуп, здатна здійснити реальний вплив»), з чим погодитися, звісно, не можна. У будь-якому разі залишається сподіватися на те, що теза про встановлення «потенційної можливості здійснення» має виключно характер *obiter dictum* і не є «справжньою» правовою позицією ККС ВС, яка «конфліктує» з його іншими висновками щодо застосування ст. 369-2 КК.

Зрештою, у контексті з'ясування спірних аспектів кримінально-правової характеристики зловживання впливом і забезпечення ККС ВС однаковості та прогнозованості судової практики розглянемо ті постанови суду касаційної інстанції, в яких вирішувалось питання про правильність інкримінування порушення ст. 369-2 КК у випадках, коли перспективними «адресатами» впливу¹³⁶ (тобто особами, у зв'язку з очікуваним (бажаним) впливом на яких

¹³⁴ Докладніше про цю кримінально-правову проблему див., зокрема: Дудоров О.О. Торгівля удаваним впливом: питання кваліфікації та вдосконалення кримінального закону. *Актуальні проблеми кримінального права*: матеріали XVI Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 27 листоп. 2025 р.) / редкол.: Р.А. Сербин, О.С. Тарасенко, С.С. Чернявський, Л.О. Мостепанюк. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2025. С. 64–71.

¹³⁵ Через це складно зрозуміти логіку укладачів одного аналітичного матеріалу, які пишуть, що суди, констатуючи інформацію, викладену в обвинувальних актах за ст. 369-2 КК, не з'ясовують питання, чи дійсно особа збиралася здійснити вплив у зв'язку з отриманням неправомірної вигоди, чи лише бажала присвоїти неправомірну вигоду (див.: Звіт за результатами аналізу судової практики притягнення до відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією кримінальні правопорушення за 2022 рік. НАЗК. ЦППР. С. 62. URL: <https://pravo.org.ua/wp-content/uploads/2024/10/zvit-nazk-tsppr.pdf>). Невже вказана обставина має значення для кваліфікації вчиненого як зловживання впливом?

¹³⁶ Такими «адресатами» за чинною редакцією ст. 369-2 КК виступають особи, уповноважені на виконання функцій держави та місцевого самоврядування. При цьому згідно з приміткою ст. 369-2 КК особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є саме і тільки особи, визначені у п. 1, пп. «а» п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», а також службові особи, визначені у ч. 4 ст. 18 цього КК.

вчиняються дії, закріплені у цій кримінально-правовій забороні) ставали члени медико-соціальних експертних комісій (далі – МСЕК).

Так, апеляційним судом за ч. 2 ст. 369-2 КК було засуджено Особу-8 за те, що він, обіймаючи посаду голови МСЕК у м. Хмельницькому, одержав від Особи-10 неправомірну вигоду у сумі 1100 доларів США за здійснення впливу на членів МСЕК з метою прийняття рішення про встановлення Особі-10 II групи інвалідності. У касаційній скарзі захисник Особи-8 з-поміж іншого стверджував, що голова і члени МСЕК, будучи працівниками (лікарями) комунальних закладів охорони здоров'я, не є особами, уповноваженими на виконання функцій держави, у розумінні примітки ст. 369-2 КК.

ККС ВС, спростовуючи цей аргумент, зазначив, що останній був предметом ретельного дослідження суду апеляційної інстанції, який навів обґрунтовані мотиви своїх висновків шляхом аналізу низки нормативно-правових актів. Ними визначено статус і діяльність МСЕК, які здійснюють державну політику в сфері встановлення ступеня стійкого обмеження життєдіяльності, групи інвалідності, причини і часу їх настання, тощо. Апеляційним судом також було проаналізовано урядове Положення про медико-соціальну експертизу, відповідно до якого МСЕК перебувають у віданні МОЗ України, яке є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я. Це дало апеляційному суду змогу висновувати, що як голова, так і члени МСЕК є особами, уповноваженими на виконання функцій держави. ККС ВС також вирішив за необхідне підкреслити, що факт встановлення особі групи інвалідності є юридично значущим і тягне за собою багато правових наслідків як соціального характеру, так й іншого характеру. Органи, уповноважені на встановлення цього факту, вочевидь, діють від імені держави, оскільки реалізують її функцію в частині встановлення інвалідності певній особі. Держава реалізує свої функції через конкретні, створені нею органи чи уповноважених нею осіб. Залежно від сфери прийняття рішення відповідні функції держави здійснюють створені для цього інституції. У частині встановлення факту інвалідності таким органом, який покликаний здійснювати функції держави, є МСЕК. Їхні члени приймають рішення від імені таких комісій, а отже, у ході прийняття

комісіями юридично значущих рішень вони є особами, уповноваженими на виконання функцій держави¹³⁷.

В іншій справі ККС ВС за ч. 2 ст. 369-2 засудив Особу-8, лікаря-рентгенолога рентгенологічного відділення комунального закладу «Львівський обласний госпіталь ветеранів війни та репресованих імені Ю. Липи», яка одержала неправомірну вигоду у вигляді 8 тис. доларів США за вплив на прийняття рішення особами, уповноваженими на виконання функцій держави, – посадовими особами Регіональної ВЛК і МСЕК № 1 комунального закладу «Львівський обласний центр медико-соціальної експертизи». Йшлося про скерування документів, які знаходились в особовій справі Особи-9, на розгляд відповідних комісій для оформлення постанови із встановлення причинного зв'язку захворювання, пов'язаного з захистом Батьківщини, і повторного встановлення III групи інвалідності у зв'язку з захворюванням, пов'язаним із захистом Батьківщини, для отримання Особою-9 одноразової грошової допомоги військовослужбовцям¹³⁸.

У цій постанові ККС ВС гарно аргументував висновок про відсутність у діях засудженої такої кваліфікуючої ознаки зловживання впливом, як вимагання, однак не визнав за потрібне обґрунтувати належність осіб, на яких за одержану неправомірну вигоду обіцяла вплинути Особа-8, до тих, хто уповноважений на виконання функцій держави, у розумінні примітки ст. 369-2 КК. Вимушені звертати на це увагу, оскільки така незадовільна ситуація є досить розповсюдженою у поточній судовій практиці, пов'язаній із застосуванням ст. 369-2 КК¹³⁹.

Повертаючись до першої постанови ККС ВС, в якій як «адресати» впливу фігурували члени МСЕК, і при цьому не ставлячи під сумнів тезу ККС ВС про юридичну значущість діяльності МСЕК, водночас зауважимо, що поняття особи, уповноваженої на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, не є оцінним, адже воно визначається у спосіб відсилки до конкретних норм Закону України «Про запобігання корупції».

¹³⁷ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 травня 2024 р. у справі № 686/8627/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/119309289>

¹³⁸ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 9 липня 2024 р. у справі № 464/233/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/120426246>

¹³⁹ Див., наприклад: вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 21 лютого 2025 р. у справі № 761/15918/24. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/125471584>

Цим вироком за ч. 2 ст. 269-2 КК засуджено тимчасово в. о. завідувача консультативного поліклінічного відділення Державної установи «Інститут нейрохірургії імені академіка А.П. Ромоданова

Звідси випливає, що правозастосувач у порядку конкретизації обвинувачення зобов'язаний чітко вказати, під яку саме категорію «уповноважених» осіб підпадає той «адресат», за вплив на поведінку якого зловмисник одержав неправомірну вигоду (вчинив інші дії, карані за ст. 369-2), і (за потреби) аргументувати свій висновок. У випадках ж із торгівлею впливом на членів МСЕК (їхніх наступників) така потреба однозначно існує.

Справа в тому, що на підставі Закону від 20 вересня 2023 р. «Про внесення змін до деяких законів України про визначення порядку подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в умовах воєнного стану» голови та члени лікарсько-консультативних і медико-соціальних експертних комісій, а також голови, їх заступники, члени та секретарі позаштатних постійно діючих військово-лікарських і лікарсько-льотних комісій, які при цьому не є особами, зазначеними у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», виділені як окрема категорія осіб, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави та місцевого самоврядування. Нині ця нова група потенційних порушників антикорупційного законодавства у зв'язку з реформуванням відповідної галузі¹⁴⁰ іменується інакше («голови та члени експертних команд з оцінювання повсякденного функціонування особи, а також голови, їх заступники, члени та секретарі позаштатних постійно діючих військово-лікарських і лікарсько-льотних комісій, які при цьому не є особами, зазначеними у пункті 1 частини першої цієї статті»). Однак із погляду кваліфікації вчиненого за ст. 369-2 КК принципово важливою є інша обставина – те, що пп. «г» п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України у примітці ст. 369-2 КК не згадується¹⁴¹. Звідси випливає, що *de lege lata* торгівля впливом на згадану нову категорію «прирівняних» осіб, як не прикро про це писати, чинною редакцією ст. 369-2 КК, вочевидь, не охоплюється¹⁴².

Національної академії медичних наук України», яка одержала неправомірну вигоду за вплив, зокрема, на посадових осіб Київського міського центру МСЕК.

¹⁴⁰ Закон України від 19 грудня 2024 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування медико-соціальної експертизи та впровадження оцінювання повсякденного функціонування особи». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4170-20#Text>

¹⁴¹ Водночас цей підпункт фігурує у примітці ст. 368-5 КК «Незаконне збагачення», яка зазнала змін на підставі Закону України від 17 червня 2025 р. «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо підвищення відповідальності за корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення». Вказана обставина вчергове демонструє хаотичність діяльності парламенту, спрямованої на поліпшення антикорупційного законодавства.

¹⁴² Вдосконалену примітку ст. 369-2 КК доцільно сформулювати таким чином, щоб вона не поширювала свою дію на службових осіб юридичних осіб приватного права та осіб, які не є службовими особами і виконують роботу або надають послуги відповідно до договору з підприємством, установою, організацією. *De lege ferenda* (для узгодження положень КК та інших складників антикорупційного законодавства) у ст. 369-2 КК, включаючи її примітку, пропонується вказати на осіб, уповноважених на

Водночас, з огляду на (а) наведені вище висловлювання ККС ВС про МСЕК як державні інституції, уповноважені на юридичну значущу діяльність у вигляді встановлення інвалідності осіб (перша постанова ККС ВС) і (б) зворот «посадові особи ВЛК та МСЕК (друга постанова ККС ВС), не може не поставати питання про можливість визнання членів відповідних комісій (команд) із погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК «посадовими та службовими особи інших державних органів»¹⁴³. Адже такі особи прямо названі в охоплюваному приміткою ст. 369-2 КК пп. «и» п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Схильні, однак, давати на позначене питання негативну відповідь.

Передусім на це вказує позиція самого законодавця, який, як уже зазначалося, у 2023 р. серед «потенційних» корупціонерів та осіб, прирівняних до них, хто уповноважений на виконання функцій держави та самоврядування, виокремив членів відповідних комісій (команд). Звідси, зокрема, слідує, що «посадові та службові особи інших державних органів» і «голови та члени експертних команд з оцінювання повсякденного функціонування особи, а також голови, їх заступники, члени та секретарі позаштатних постійно діючих військово-лікарських і лікарсько-льотних комісій, які при цьому не є особами, зазначеними у пункті 1 частини першої цієї статті» – це поняття з різним юридичним змістом. Та обставина, що утворювані за територіальним принципом МСЕК відповідно до Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого постановою КМУ від 3 грудня 2009 р. № 1317 (втратила чинність наприкінці 2024 р.), перебували у віданні МОЗ України і належали до відповідних закладів охорони здоров'я, не давала достатніх підстав визнавати ці комісії державними органами¹⁴⁴. Цей саме висновок, до речі, впливає із роз'яснень НАЗК щодо порядку декларування голів та членів експертних команд з оцінювання повсякденного функціонування особи та ВЛК, а також голів та членів МСЕК¹⁴⁵.

виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або осіб, прирівняних до них (пункти 1 і 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»). Такий варіант поліпшення ст. 369-2 КК, як видається, змістовно узгоджуватиметься з положеннями згаданих вище міжнародно-правових документів.

¹⁴³ Принагідно зауважимо, що на питання про належність членів МСЕК, ВЛК, експертних команд з оцінювання повсякденного функціонування особи тощо до посадових осіб юридичних осіб публічного права (ця окрема категорія «прирівняних» осіб названа у пп. «а» п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», який (підпункт), своєю чергою, фігурує у примітці ст. 369-2 КК) нині слід давати негативну відповідь. Йдеться про згадану вище і здійснену на підставі Закону України від 20 вересня 2023 р. «Про внесення змін до деяких законів України про визначення порядку подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в умовах воєнного стану» зміну поняття посадової особи юридичної особи публічного права.

¹⁴⁴ Поняття державного органу розкривається у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції».

¹⁴⁵ Роз'яснення щодо фінансової доброчесності. Застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю (подання декларації, повідомлення про

Ще більш проблемним (щоб не сказати – неприйнятним) є покликання у розглядуваній ситуації на пп. «и» п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» у світлі положень постанови КМУ від 15 листопада 2024 р. № 1338 «Деякі питання запровадження оцінювання повсякденного функціонування особи». Тут, зокрема, зазначається, що експертні команди формуються та функціонують у кластерних та/або надкластерних закладах охорони здоров'я, а також за потреби та/або в разі відсутності затвердженої спроможної мережі закладів охорони здоров'я на території регіону в закладах охорони здоров'я комунальної або державної форми власності. Оцінювання проводиться: Центром оцінювання функціонального стану особи; експертними командами, сформованими на базі закладів охорони здоров'я. Права та обов'язки Центру оцінювання функціонального стану особи за рішенням МОЗ покладаються на підприємство, установу або організацію, що належить до сфери управління МОЗ, та має ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики. Викладені та інші подібні положення згаданої урядової постанови однозначно «підважують» тезу про належність експертних команд з оцінювання повсякденного функціонування особи до державних органів у сенсі Закону України «Про запобігання корупції».

Резюмуючи, зазначимо, що дві згадані постанови ККС ВС – від 21 травня 2024 р. і 9 липня 2024 р. (при тому, що вони обидві включені в «антикорупційний» огляд за 2024 р.), навряд чи можуть вважатися візцевими у плані аргументованого застосування ст. 369-2 КК.

Замість післямови. Вище під кутом здобутків теорії кримінального права проаналізовано лише невелику частину правових позицій ККС ВС. Правові позиції суду касаційної інстанції щодо кваліфікації службових і «дотичних» до них кримінальних правопорушень, поза всяким сумнівом, заслуговують на те, щоб стати предметом окремого монографічного дослідження. Слід схвально оцінити започатковане керівництвом ККС ВС залучення представників науки кримінального права до вивчення актуальної судової практики, сподіваючись на те, що співробітництво між вченими і практиками у такому форматі буде продовжено. Тим більше, що проведений аналіз дає змогу зробити такий загалом невтішний висновок: стверджувати, що на сьогодні судова система забезпечує однакову судову практику у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності і

професійної діяльності з надання публічних послуг – означає видавати бажане за дійсне. Крім цього, на порядку денному продовжує стояти питання підготовки якісних узагальнень судової практики, зокрема й у згаданих кримінальних провадженнях.

Насамкінець ще й про таке. Свого часу один з авторів цих рядків разом з Є. Письменським для того, щоб посилити значущість наукових висновків членів НКР, висунув пропозицію у рішеннях ВСУ, ухвалюваних за результатами розгляду питання про неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, фіксувати (щонайменше у стислому вигляді), хто з науковців і що написав з приводу тієї чи іншої кримінально-правової проблеми; доречним у цьому разі був би і критичний аналіз міркувань науковців із боку суддів¹⁴⁶.

Вважаємо, що ця пропозиція не втратила своєї актуальності і дотепер, адже нині судді ККС ВС в ухвалюваних рішеннях зазвичай не висвітлюють позиції членів НКР при ВС і навіть не згадують про те, що відповідні висновки були підготовлені як відповіді на їхні звернення. Додаткової актуальності згаданих пропозицій додають розпочаті Україною перемовини про членство в ЄС. Так, при Суді Європейського Союзу діє інститут Генеральних адвокатів, покликаний сприяти цій судовій установі у здійсненні правосуддя у спосіб надання висновків щодо норм права ЄС. Висновки Генеральних адвокатів оприлюднюються поруч із рішеннями Суду Європейського Союзу навіть у тих випадках, коли суд не погодився з положеннями того чи іншого висновку. Видається, що взяття ККС ВС «на озброєння» цього підходу (звісно, настільки, наскільки це дозволяє чинне законодавство України) відповідало б інтересам правосуддя, а також сприяло б розвитку вітчизняного кримінального права.

¹⁴⁶ Дудоров О.О., Письменский Є.О. Проблеми встановлення виду умислу при кваліфікації злочинів проти життя та здоров'я особи. *Політика в сфері боротьби зі злочинністю*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (1–2 березня 2013 року, м. Івано-Франківськ). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2013. С. 35–37.