

2. Декларація незалежності Сполучених Штатів Америки : від 04.07.1776 // Павло Гай-Нижник : особистий сайт. URL: [http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1776%20\(07\)%2004.USA.php](http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1776%20(07)%2004.USA.php) (дата звернення: 25.02.2019).

3. Скасування рабства у США // ВСЕОСВІТА : сайт. URL: <https://vseosvita.ua/library/skasuvanna-rabstva-v-ssa-73704.html> (дата звернення: 25.02.2019).

4. Forte David F. Spiritual Equality, the Black Codes, and the Americanization of the Freedmen. *Loyola Law Review*. 1998. № 43. Рр. 569–611.

5. Киселев В. Ненасильственный опыт движения за гражданские права в США (1950-е – 60-е гг.) // Институт философии Российской Академии Наук : сайт. URL: <https://iphras.ru/uplfile/ethics/biblio/N/3.html> (дата звернення: 25.02.2019).

6. «У меня есть мечта». Речь Мартина Лютера Кинга 28 августа 1963 г. URL: <http://www.coldwar.ru/bases/i-have-a-dream.php> (дата звернення: 20.02.2019).

Одержано 28.02.2019

УДК 343.352.7

Віталій Іванович ДЮРДЬ,

аспірант кафедри кримінального права

Національної академії внутрішніх справ (м. Київ);

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6185-2934>

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ВПЛИВОМ ВІД СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ (СТ. 368, 368³, 368⁴ КК УКРАЇНИ)

Стаття 369² «Зловживання впливом» КК України є досить складною для розуміння та застосування. Зокрема, спостерігаються певні проблеми з належною кримінально-правовою кваліфікацією злочинної поведінки на межі таких корупційних складів злочинів як ст. 369² та ст. 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», ст. 368³ «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», ст. 368⁴ «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» КК України.

Питання щодо кримінально-правової кваліфікації та відмежування злочину зловживання впливом від суміжних складів злочинів, у випадку коли зловживання впливом вчинене спеціальним суб'єктом і вказаний суб'єкт використав надану йому владу, службове становище чи службові повноваження, вивчалися цілим рядом науковців, зокрема А. В. Савченком, В. І. Тютюгіним, Н. О. Кочеровою, В. М. Киричком, Н. М. Ярмиш та О. О. Дудоровим.

Так, А. В. Савченко вказує, що якщо посередник, який здійснює протиправний вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на прийняття функцій держави, є службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми або особою, яка надає публічні послуги і при цьому зазначена особа (посередник) використовує надані їй повноваження, то вчинення відповідних злочинних дій може, за наявності до того підстав, тягнути за собою відповідальність не за ст. 369², а за відповідними частинами статей 368³ або 368⁴ КК України. Коли ж таким посередником є службова особа публічного права, то його дії кваліфікуються за відповідною частиною ст. 368 КК України [1, с. 911; 2, с. 143].

В. І. Тютюгін вважав, що якщо посередник, який обіцяє чи здійснює вплив на особу уповноважену на виконання функцій держави (суб'єкт т.зв. «пасивного» зловживання впливом) є службовою особою приватного права чи особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то пропозиція чи надання йому, а також одержання ним неправомірної вигоди за такий вплив, карається (за інших необхідних умов) не за ст. 369² КК України, а за відповідними частинами статей 368³ або 368⁴ КК України. Якщо ж таким посередником є службова особа публічного права, а запропонована чи надана їй, а також одержана нею неправомірна вигода має майновий характер, то дії особи посередника, яка її одержує, кваліфікуються за відповідними частинами ст. 368 КК України [3, с. 838].

В подальшому науковець змінив свою думку і зазначив, що службова особа або така, що надає публічні послуги є суб'єктом злочину за частинами 2 і 3 ст. 369² КК України, але лише в тому випадку, коли вчинені дії не обумовлені службовим становищем такої особи чи наданими їй

повноваженнями. У протилежному випадку, тобто коли умовою надання неправомірної вигоди є здійснення впливу на уповноважену особу з використання для цього особою-посередником свого службового становища чи наданих їй повноважень, вчинене кваліфікується за відповідними частинами статей 368, 368³, 368⁴, 369 КК України [4, с. 44].

Прихильником такої позиції є і Н. О. Кочерова, яка вказує, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369² КК України, є і службова особа (особа, яка має відповідні функціональні та посадові ознаки), за умови, що обіцяний, запропонований, здійснений нею вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, зумовлено не наданою їй по службі владою чи службовим становищем, а близькими, дружніми чи будь-якими іншими відносинами з останньою [5, с. 134].

У випадку, коли за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, неправомірну вигоду отримано службовою особою і цей вплив остання могла здійснити із використанням нею влади або службового становища (наприклад, у зв'язку зі службовою залежністю першої), дії винної особи слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 368 КК України [5, с. 132].

Вказану позицію поділяє також В. М. Киричко, який під зловживанням впливом розуміє використання службовою особою або особою, яка надає публічні послуги можливостей, пов'язаних зі своїми службовими (у широкому розумінні) повноваженнями (обумовлених такими повноваженнями) для незаконного впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави [6].

Протилежний підхід, який відстоює Н. М. Ярмиш [7, с. 179–180] і з яким погоджується О. О. Дудоров [8, с. 159], полягає в тому, що питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368, ст. 368³, ст. 368⁴ і ст. 369² КК України, має вирішуватись відповідно до правила про конкуренцію між загальною і спеціальною нормами, оскільки надання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення є окремим випадком підкупу.

Вважаємо, що позиція Н. М. Ярмиш та О. О. Дудорова у вказаному питанні є найбільш слушною. В обґрунтування вказаного наведемо наступні аргументи:

1. Сам вплив (а також характер такого впливу: з використанням влади, службового становища або повноважень у «широкому» розумінні; з використанням влади, службового становища або повноважень у «вузькому розумінні»; з використанням позаслужбового статусу та можливостей), який пропонує, обіцяє або здійснює (здійснив) суб'єкт «пасивного» зловживання впливом, не входить до складу конструкції злочину, передбаченого ст. 369² КК України і в межах цієї статті не має значення для належної кримінально-правової кваліфікації та не є кримінально караним за нею (в залежності від статусу особи, уповноваженої на виконання функцій держави та на яку буде вчинено вплив і характеру подальших дій суб'єкта «пасивного зловживання» впливом, який чинитиме вплив, такі дії слід кваліфікувати за ст. 343, 344, 369, 376 КК України).

2. Використання суб'єктом «пасивного» зловживання впливом наданої йому влади, службового становища або повноважень в контексті ст. 369² КК України є лише способом досягнення мети – вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави, але ніяк не є самоцілью (що має місце у випадку, визначеному ст. 368³, 368⁴, 368 КК України).

Так, службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 368³) та особа, яка надає публічні послуги (ст. 368⁴) приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи. Службова особа (ст. 368) приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

У вказаних випадках неправомірною вигодою надається (обіцяється, пропонується) саме за вчинення конкретних дій або бездіяльності і особа, яка надає неправомірну вигоду, чітко усвідомлює, що саме вказаних дій або бездіяльності вона хоче досягти, саме вони є її метою.

3. Для ілюстрації правильності підходу змодельюємо наступні ситуації:

1. Особа А. надала неправомірну вигоду громадянину Б., який є приватним виконавцем (особою, яка надає публічні послуги в розумінні ст. 368³ КК України) за вплив на особу В., який є державним службовцем (особою, уповноваженою на виконання функцій держави). Б. починає шукати шляхи впливу на В. і знаходить – до нього надходить виконавчий документ щодо стягнення з В. коштів на користь банку. Приватний виконавець накладає арешт не на суму

стягнення (з урахуванням виконавчого збору, витрат виконавчого провадження, штрафів та основної винагороди приватного виконавця), як це передбачено ч. 3 ст. 56 Закону України «Про виконавче провадження», а на всю суму коштів, які знаходяться на банківських рахунках особи В. В подальшому приватний виконавець повідомляє В., що зніме арешт з рахунків як тільки той виконає його прохання щодо вчинення дій на користь особи А.

2. Особа А. надала неправомірну вигоду особі Б., який є слідчим поліції (службовою особою в розумінні ст. 368 КК України), за вплив на особу В., який є державним службовцем. Б. розпочинає розслідувати кримінальне провадження щодо дій В. Слідчий повідомляє В., що планує повідомити йому про підозру, але якщо той прийме бажане для особи А. рішення – не буде цього робити і винесе постанову про закриття кримінального провадження.

В обох ситуаціях дії особи, яка надає публічні послуги та службової особи самі по собі не становлять жодної цінності для осіб, які надали їм неправомірну вигоду. За вчинення описаних дій (неправомірний арешт всіх коштів і розслідування кримінального провадження) вони неправомірну вигоду не надавали. Значення для них мають лише подальші дії суб'єкта «пасивного» зловживання впливом - вимога до осіб, уповноважених на виконання функцій держави щодо дій в інтересах надавачів неправомірної вигоди.

Підсумовуючи сказане, можна констатувати, що при співвідношенні складів злочинів, передбачених ст. 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», 368³ «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», 368⁴ «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» КК України з одного боку та ст. 369² «Зловживання впливом» КК України з іншого, існує конкуренція загальної і спеціальної норм. Тому при кримінально-правовій кваліфікації прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання такої вигоди службовою особою, службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми або особою, яка надає публічні послуги з використанням наданої влади, службового становища чи повноважень слід застосовувати саме ст. 369² КК України як спеціальну норму.

Список бібліографічних посилань

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Грищук, А. В. Савченко та ін. ; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.
2. Савченко А. В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : навч. посіб. Київ : Центр учб. літ., 2016. 168 с.
3. Кримінальний кодекс України : наук.-практ. комент. : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків : Право, 2013. Т. 2: Особлива частина. 1040 с.
4. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : навч.-практ. посіб. / за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна. Харків : Право, 2014. 232 с.
5. Кочерова Н. О. Зловживання впливом: соціальна обумовленість криміналізації та характеристика складу злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2013. 214 с.
6. Киричко В. М. Проблеми визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369² КК України) та її вирішення. *Проблеми законності*. 2015. Вип. 128. С. 38–46.
7. Ярмаш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. Київ : Нац. акад. прокуратури України, 2014. 192 с.
8. Дудоров О. О. Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 3. С. 136–178.

Одержано 05.04.2019