

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА. СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА. ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.1

Ангеленюк Анна-Марія Юріївна,кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
ДНДІ МВС України, м. Київ, Україна
ORCID ID 0000-0001-5947-5105**Мацько Віта Андріївна,**кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
ДНДІ МВС України, м. Київ, Україна
ORCID ID 0000-0002-4149-8744

ПРОБЛЕМИ ДОКАЗУВАННЯ ОТРИМАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ (ОГЛЯД СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)

У статті розглядаються судові рішення у справах одержання неправомірної вигоди службовою особою за ознаками статті 368 Кримінального кодексу України. Виокремлено рішення судів, у результаті яких обвинувачену особу виправдано або недоведено її вини за недостатністю допустимих доказів. Проаналізовано проблемні питання, що стосуються причин та наслідків прийняття виправдувальних рішень у суді, враховуючи їх значення та вплив на виконання завдань кримінального процесу загалом. Надано інформаційний огляд проблематики.

Ключові слова: *неправомірна вигода, службова особа, слідчі дії, належність, судові рішення.*

Питання, що стосуються розслідування одержання неправомірної вигоди службовою особою, постійно потребують особливої уваги, оскільки для підвищення якості розслідування необхідним є аналіз судових рішень за вказаним кримінальним правопорушенням, які щоразу оновлюються. Зауважимо, що справедливе рішення, прийняте судом, чимало залежить від правильності та законності проведених процесуальних дій на початкових стадіях кримінального процесу, пов'язаних зі збиранням, оцінкою та фіксацією доказової бази.

Наукові та практичні аспекти розслідування прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди службовою особою, його інформаційного та криміналістичного забезпечення, безперечно, розглядалися у працях багатьох науковців. Частина з них, зокрема О.В. Баганець [1], Г.О. Гончарук [2], М.Б. Желік [3], у своїх роботах здійснювали аналіз судової практики України як важливої складової у процесі формування наукових позицій та висновків.

З метою встановлення проблемних питань, які виникають при розгляді кримінальних проваджень за фактом прийняття пропозиції, обіцянки або

одержання неправомірної вигоди службовою особою, передбачених статтею 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) [4], вважаємо за необхідне здійснити аналіз прийнятих судових рішень за вказаною вище статтею.

Вивчення та аналіз судової практики України дозволяє виокремити категорії кримінальних проваджень, у яких суд не може ухвалити обвинувальний вирок особі, щодо якої матеріали провадження велись за ознаками статті 368 КК, а тому змушений виносити виправдувальний вирок або закривати кримінальне провадження, у тому числі й за підставою недоведеності вини обвинуваченої особи. Поділ на категорії таких кримінальних проваджень зумовлений типовістю ситуацій. Так, зазвичай, під час прийняття рішення по суті судового розгляду у справах за статтею 368 КК мають місце рішення судів, описова частина яких містить обставини стосовно:

- 1) визначення статусу особи як службової;
- 2) належність та допустимість доказів;
- 3) недопустимість провокації вчинення злочину;
- 4) необхідність перекваліфікації статті.

1. Визначення статусу службової особи має важливе значення, оскільки лише службова особа є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК, що є обов'язковим елементом складу злочину. Якщо у судовому засіданні виявляється, що обвинуваченому був помилково визначений статус службової особи, то за статтею 368 КК він не може бути визнаний винним.

Зауважимо, що, відповідно до справи Верховного Суду України № 5-109к15 від 08.10.2015, особу визнано винуватою в тому, що вона як головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему, у своєму службовому кабінеті одержала неправомірну вигоду (грошові кошти) за виготовлення та видачу двох довідок.

Однак колегія суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України зазначила у постанові, що службова особа як спеціальний суб'єкт злочину, крім загальних ознак суб'єкта злочину, характеризується спеціальними ознаками, а саме: а) посадові, які визначають сферу діяльності (де саме виконуються відповідні повноваження); б) функціональні – ті, які визначають коло повноважень, у зв'язку з наявністю яких особа належить до службових. А також встановила, що головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему, хоч і займав посаду в органах державної влади, однак не мав статусу представника влади при підготовці і видачі довідок і не виконував організаційно-розпорядчих функцій та адміністративно-господарських обов'язків, а тому особа не використовувала службового становища, і відповідно не могла бути суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК. Тому колегія суддів кримінальну справу закрила за відсутністю в діянні особи інкримінованого складу злочину [5].

Виходячи із викладеної вище постанови Верховного суду України, можемо зробити висновок, що для визнання службової особи суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, та притягнення її до кримінальної відповідальності недостатньо займати посаду в органі державної влади, необхідною умовою є статус представника влади і виконання ним організаційно-розпорядчих функцій та адміністративно-господарських обов'язків, що, зокрема, наділяє таку особу владою.

2. Наступним та невід’ємним елементом процесу доказування є наявність належних та допустимих доказів, позаяк визнання судом доказів такими, що не відповідає цим критеріям, не дозволить стороні обвинувачення спиратись на них. Отже, належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні; допустимими є докази, які отримані у порядку, встановленому Кримінальним процесуальним кодексом України – далі КПК (статті 85, 86 КПК) [6]. Зауважимо, що з початком досудового розслідування слід якісно збирати доказову базу, щоб у суді надалі не виникало суперечливих питань, відповіді на які будуть тлумачитись на користь обвинуваченого, відповідно до засад кримінального процесу, зокрема, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини (частина 4, статті 17 КПК) [6].

Оцінку та рішення суду на предмет належності та допустимості доказів наведемо нижче. Так, Колегія суддів судової палати з розгляду кримінальних справ апеляційного суду Полтавської області розглянула справу № 526/225/13-к від 07.10.2013. За матеріалами справи обвинувачений, перебуваючи на посаді голови Недригайлівського районного суду Сумської області (тобто відповідно до займаної посади постійно виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції, є службовою особою та займає відповідальне становище), пред’явив потерпілому вимогу дати йому вигоду, а саме грошові кошти, як умову винесення позитивного рішення на його користь. З пропозицією потерпілий погодився та передав обвинуваченому частину грошей. Решту він мав передати після виконання обвинуваченим відповідних дій щодо винесення зазначеного вище позитивного рішення. Однак, потерпілий звернувся до правоохоронних органів із заявою про те, що у нього вимагають неправомірну вигоду.

Обвинувачення судді орган досудового розслідування обґрунтував наступними доказами: 1) показаннями потерпілого; 2) протоколом огляду та вручення грошових коштів; 3) відеозаписом, на якому зафіксовано факт передачі грошових коштів.

Проте суд прийшов висновку, що вказані докази не можуть бути покладені в основу обвинувачення:

- по-перше, потерпілий давав суперечливі та неповні показання;
- по-друге, не виявилось можливим допитати у судовому порядку понятих, які були присутні під час огляду та вручення грошових коштів (за повідомленням органу, що виконував ухвалу суду про примусовий привід одного із понятих, було встановлено, що один із цих понятих не проживає за місцем проживання, вказаним у протоколі огляду). Таким чином, за наявності об’єктивних сумнівів у достовірності даних, викладених у протоколі огляду та вручення грошових коштів у присутності понятих, суд визнав його недопустимим доказом;
- по-третє, органом досудового розслідування не було доведено, що відносно обвинуваченого заводилась оперативно-розшукова справа та відеофіксація події здійснювалась законно. Окрім того, стороною обвинувачення не було доведено, що серед відеозаписів, які приєднано в якості доказів по справі, є оригінал, що не піддавався монтажу. Враховуючи наведене, зазначений відеозапис визнано недопустимим доказом по справі [7].

Таким чином, обвинувачену особу було виправдано на підставі пункту 3, частини 1 статті 284 КПК [6], тобто за недоведеністю його вини у вчиненні злочину.

Отже, проаналізувавши вирок колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ апеляційного суду Полтавської області у справі № 526/225/13-к від 07.10.2013, можемо зробити висновок, що обвинувачений, який являвся суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК, був виправданий через:

- суперечливі та неповні показання потерпілого, який не зміг підтвердити факт вимагання суддею та передачі йому грошових коштів;

- неможливість судом усунути сумніви щодо достовірності даних, зазначених у протоколі огляду та вручення грошових коштів, що спричинило визнання недопустимим доказом цієї процесуальної дії;

- недоведеність легітимності проведення відеофіксації події та долучення саме оригіналу запису до матеріалів справи, що призвело до визнання відеозапису недопустимим доказом по справі.

Слід нагадати, що питання належності матеріалів аудіо- та відеофіксації є непоодиноким під час стадії судового розгляду. Так, згідно з вирокком Тальнівського районного суду Черкаської області від 23 червня 2014 р., обвинувачений, перебуваючи на посаді начальника відділу містобудування та архітектури Тальнівської райдержадміністрації, використовуючи надану йому владу та службове становище, з корисливих мотивів, вимагав від потерпілого неправомірну вигоду за вирішення питання, що входить до його компетенції, а саме – за виготовлення, підписання і видачу останньому містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки. Однак суд ухвалив рішення виправдати підсудного за відсутністю у його діях складу злочину, оскільки матеріали провадження, надані стороною обвинувачення, не містили достатніх належних доказів учинення злочину, зокрема, у матеріалах аудіо- та відеофіксації були відсутні твердження обвинуваченого або потерпілого прозначення коштів, що не дозволило довести факт вчинення злочину [8]. Зауважимо, що у зазначеному вище випадку суд не ставить питання щодо законності порядку проведення фіксації за допомогою аудіо- та відео-, однак інформація, яка міститься на цих записах, визнана судом неналежною в контексті процесу доказування.

3. Необхідною умовою під час розслідування кримінального правопорушення за ознаками статті 368 КК є недопущення провокації злочину. Зауважимо, що провокативні дії можуть бути кваліфіковані як окремий вид злочину, передбачений статтею 370 КК. Таким чином, важливо під час документування обставин одержання неправомірної вигоди не переймати ініціативу сторони обвинувачення, а залишати її особі, що безпосередньо вчиняє злочин. Наслідки виявлення судом провокації наведені нижче.

Так, відповідно до матеріалів судової справи, до завідувача сектора містобудування та архітектури районної державної адміністрації звернувся громадянин із приводу оформлення паспорта прив'язки тимчасової споруди торговельно-виставочного павільйону для здійснення підприємницької діяльності. Але під час розгляду справи суд дійшов висновку, що в діях підсудного відсутній склад інкримінованого йому злочину, оскільки, як свідчить аналіз аудіо-, відеоконтролю, службова особа, спілкуючись із заявником, просила останнього виготовити

документи у м. Кривий Ріг, але заявник сказав, що виготовлення в місті коштуватиме 3200 грн. і схилив підсудного виготовити документи самостійно, що буде коштувати більш ніж удвічі дешевше. Така поведінка заявника свідчить про пряме підбурювання службової особи до вчинення протиправної дії та вказує на активний вплив на підсудного: отже, є провокацією вчинення кримінального правопорушення. Відтак службову особу було виправдано через відсутність у її діях складу злочину, передбаченого статтею 368 КК України [9].

Розглядаючи факти провокації одержання службовою особою неправомірної вигоди, необхідним також є вивчення та врахування практики Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ). Рішення ЄСПЛ щодо наявності провокативних дій з боку працівників правоохоронних органів різняться.

Так, підбурювання з боку поліції ЄСПЛ вбачає тоді, коли, не обмежуючись пасивним розслідуванням, має місце вплив на суб'єкта та схилення його до вчинення злочину, який в іншому випадку не стався би.

Водночас не є провокаційними дії правоохоронних органів, якщо вони обмежились пасивним спостереженням за злочинною поведінкою особи, а також під час проведення негласних слідчих дій мав місце судовий контроль за дотриманням прав та свобод особи. У такому випадку зібрані докази будуть відповідати усім критеріям належності, допустимості та достовірності.

З викладених вище рішень ЄСПЛ можна сказати, що суд чітко встановив межі дозволеного під час проведення діяльності правоохоронними органами [10, с. 24].

4. Наступним типовим випадком, пов'язаним із доказуванням отримання неправомірної вигоди, а також розглядом зазначеної категорії справ у суді, є невірна кваліфікація злочину. На стадії судового розгляду достатньо випадків, коли у суді виникає необхідність у зміні обвинувачення особи.

Згідно з частиною 3 статті 337 КПК “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” [6]. Таким чином, якщо у діях обвинуваченого, справа якого перебуває на судовому розгляді, вбачається більш тяжкий злочин, то суд не може змінити обвинувачення; а якщо дії обвинуваченого кваліфіковані невірно, то суд за фактом пред'явленого обвинувачення буде змушений закрити кримінальне провадження у порядку статті 284 КПК. Вказане вимагає уважного ставлення до визначення ознак складу злочину, у якому саме підозрюється, а далі обвинувачується особа.

Підсумовуючи наведене, зауважимо, що судова практика є недосконалою, а оцінка суду тих чи інших доказів є частково суб'єктивною, зокрема у випадку визначення порушень порядку доказування за критерієм істотності, що впливає на визнання допустимості конкретного доказу. Зазначене у частині випадків призводить до вибіркового притягнення певних суб'єктів до кримінальної відповідальності або її уникнення. Безперечно, аналіз судових рішень є необхідним для розуміння критеріїв судової оцінки доказової бази, зібраної на етапі досудового розслідування, а також для уникнення помилок стороною обвинувачення під час цього етапу. Умовно поділивши судові рішення на такі, що стосуються: 1) визна-

чення статусу особи як службової; 2) належність та допустимість доказів; 3) недопустимість провокації вчинення злочину; 4) необхідність перекваліфікації статті, ми надали рекомендації щодо уникнення помилок стороною обвинувачення під час досудового розслідування. Так, під час визначення статусу службової особи слід звертати увагу на те, чи володіє вона організаційно-розпорядчими функціями та адміністративно-господарськими обов'язками. Крім того, звертати увагу на типові ситуації, що виникають у суді під час оцінки доказів на предмет належності, допустимості, а також на питання кваліфікації дій осіб. На наше переконання, судові рішення слід постійно вивчати та аналізувати, такий підхід повинен бути систематизованим. Ураховуючи зазначене, рішення судів, що стосуються одержання службовою особою неправомірної вигоди, були нами поділені на чотири категорії та проаналізовані за типовими ознаками.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Баганець О.В.* Доказування стороною обвинувачення прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою у досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ: Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 2017. 269 с.
2. *Гончарук Б.Л.* Методика розслідування пропозиції, обіцянки або надання неправомірної вигоди службовій особі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків: Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2021. 207 с.
3. *Желік М.Б.* Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: кримінально-правова характеристика: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів: Нац. ун-т "Львівська політехніка", 2018. 258 с.
4. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 01.10.2022).
5. Постанова Верховного Суду України № 5-109кц15 від 08.10.2015. URL: <https://reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 01.10.2022).
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 01.10.2022).
7. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області № 526/225/13-к від 07.10.2013. URL: <https://reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 01.10.2022).
8. Вирок Тальнівського районного суду Черкаській області від 23 червня 2014 р. Справа № 704/1250/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40797931> (дата звернення: 01.10.2022).
9. Вирок Софіївського районного суду Дніпропетровської області № 1-кп/193/77/13 від 30 грудня 2013 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 01.10.2022).
10. *Туркот М.С., Ярмиш М.Н., Козій В.В.* та ін. Методичні рекомендації щодо участі прокурора у судовому кримінальному провадженні про злочини у сфері службової діяльності в суді першої інстанції. Київ, 2017. 56 с.

REFERENCES

1. *Bahaniets O.V.* (2017). Dokazuvannya storonoiu obvynuvachennia pryiniattia propozytsii, obitsianky abo oderzhannia nepravomirnoi vyhody sluzhbovoiu osoboio u dosudovomu rozsliduvanni. "Prosecution of the acceptance of an offer, promise or receipt of an illegal benefit by an official in a pre-trial investigation: dissertation". Ph.D.: 12.00.09. Kyiv: Taras Shevchenko National University of Kyiv. 269 p. [In Ukrainian].
2. *Honcharuk B.L.* (2021). Metodyka rozsliduvannia propozytsii, obitsianky abo nadannia nepravomirnoi vyhody sluzhbovii. "Methodology of investigation of an offer, promise or granting of an undue benefit to an official": diss. Candidate of Jurid. Sciences: 12.00.09. Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs. 207 p. [In Ukrainian].
3. *Zhelik M.B.* (2018). Pryiniattia propozytsii, obitsianky abo oderzhannia nepravomirnoi vyhody: kryminalno-pravova. "Acceptance of an offer, promise or receipt of an unlawful benefit: criminal-legal

characteristics: dissertation”. Candidate of Jurid. Sciences: 12.00.08. Lviv: National Lviv Polytechnic University 258 p. [In Ukrainian].

4. Kryminalnyi kodeks Ukrainy. “Criminal Code of Ukraine: Law of Ukraine dated 05.04.2001 No 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (Date of Application: 01.10.2022) [In Ukrainian].

5. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy. “Resolution of the Supreme Court of Ukraine No 5-109Kc15 dated October 8, 2015”. URL: <https://reyestr.court.gov.ua> (Date of Application: 01.10.2022) [In Ukrainian].

6. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy. “Criminal Procedure Code of Ukraine”: Law of Ukraine dated 04.13.2012 No 4651–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (Date of Application: 01.10.2022) [In Ukrainian].

7. Ukhvala Apeliatsiinoho sudu Poltavskoi oblasti. “Ruling of the Court of Appeal of the Poltava Region No 526/225/13-k dated October 7, 2013”. URL: <https://reyestr.court.gov.ua> (Date of Application: 01.10.2022) [In Ukrainian].

8. Vyroky Talnivskoho raionnoho sudu Cherkaskoi oblasti vid 23 chervnia 2014 r. “Verdict of the Talniv District Court of the Cherkasy Region dated June 23, 2014. Case No 704/1250/13-k”. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40797931> (Date of Application: 01.10.2022) [In Ukrainian].

9. Vyroky Sofiivskoho raionnoho sudu Dnipropetrovskoi oblasti. “Verdict of the Sofiiv District Court of the Dnipropetrovsk Region No 1- kp/193/77/13 dated December 30, 2013”. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> (Date of Application: 01.10.2022) [In Ukrainian].

10. *Turkot M.S., Yarmysh M.N., Kozii V.V. and others* (2017). Metodichni rekomendatsii shchodo uchasti prokurora u sudovomu kryminalnomu provadzhenni pro zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti v sudi pershoi instantsii. “Methodological recommendations regarding the participation of the prosecutor in criminal court proceedings on crimes in the field of official activity in the court of first instance”. Kyiv. 56 p. [In Ukrainian].

UDC 343.1

Anheleniuk Anna-Mariia,

Candidate of Juridical Sciences, Senior Researcher, State Research
Institute MIA Ukraine, Kyiv, Ukraine,
ORCID ID 0000-0001-5947-5105

Matsko Vita,

Candidate of Juridical Sciences, Senior Researcher, State Research
Institute MIA Ukraine, Kyiv, Ukraine,
ORCID ID 0000-0002-4149-8744

PROBLEMS OF PROVING WRONGFUL BENEFIT (REVIEW OF COURT PRACTICE)

The article draws attention to the court decisions on receiving an improper benefit by an official on the grounds of Article 368 of the Criminal Code of Ukraine. Highlighted court decisions, as a result of which the accused person was acquitted or his guilt was not proved for insufficiency of admissible evidence. It is proposed separating court decisions into categories, which is caused by the typicality of situations. Thus, the decision of the courts, the descriptive part of which contains circumstances relating to: 1) determination of a person’s status as an official; 2) belonging and admissibility of evidence; 3) inadmissibility of provocation to commit a crime; 4) necessity to re-categorize the article. Authors emphasize that in determining the

status of an official, attention should be paid to whether he has organizational and administrative functions and administrative and economic responsibilities. In addition, attention is drawn to the typical situations arising in court during the evaluation of evidence for belonging, admissibility, as well as issues of qualification of actions of persons. Considering the facts of provocation by an official to obtain an improper benefit the practice of the European Court of Human Rights is taken into account, attention is paid to the criteria of assessment by the court of the activities of law enforcement officials, namely the presence in their actions of provocation of a crime. Thus, police work is legitimate only in the case of passive observation of the preparation and commission of a criminal offence. Initiative by the police or the applicant of the crime can be interpreted as a provocation and is inadmissible under Ukrainian law. The article also analyzes the problematic issues concerning the reasons and consequences of acquittal decisions in court, considering their importance and influence on the fulfillment of tasks of criminal proceedings. In order to improve the process of investigation the attention is drawn to some typical mistakes which can be made by the prosecution during the collection and fixation of evidence in criminal proceedings of the mentioned crime. An informational review of the problems is presented.

Authors conclude that court decisions should be constantly studied and analyzed, such an approach should be systematized. Taking into account the cited court decisions concerning the receipt by an official of unlawful benefit, we have divided into four categories and analyzed according to the typical features.

Keywords: undue benefit, official, investigative actions, affiliation, judicial decisions.

Отримано 05.10.2022