

УДК 343.352.7

В. М. Киричко,

канд. юрид. наук, доц., доцент
кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ВИСНОВКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ

ЩОДО СУБ'ЄКТА ЗЛОВЖИВАННЯ ВПЛИВОМ (ч. 2 ст. 369² КК):

КРИТИЧНИЙ ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ

У статті аналізується висновок Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду (наведений в постанові від 29 березня 2021 р.) про визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, будь-якої фізичної осудної особи, що досягла віку кримінальної відповідальності. Встановлено, що таке тлумачення ознак суб'єкта цього злочину може викликати негативні правові наслідки системного характеру. Обґрунтовується, що суб'єкт цього злочину спеціальний – службова особа або особа, яка надає публічні послуги, а відповідальність за цією статтею КК повинна наставати за підкуп до зловживання впливом (можливістю), пов'язаним із службовими (в широкому розумінні) повноваженнями таких осіб.

Ключові слова: корупційні злочини, підкуп, зловживання впливом, суб'єкт зловживання впливом, висновок Верховного Суду щодо суб'єкта зловживання впливом.

Постановка проблеми й актуальність теми. Стаття 369² КК «Зловживання впливом» була включена до Кримінального кодексу України (далі – КК) Законом України від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI і набрала чинності 1 липня 2011 р. Питання про суб'єктів взаємопов'язаних між собою корупційних злочинів, передбачених частинами 1 та 2 цієї статті КК, з самого початку вирішувались по-різному. Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369² КК, у теорії кримінального права і судовій практиці однозначно визнається будь-яка фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку (загальний суб'єкт). Така особа пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду суб'єкту злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті, за вчинення останнім впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Однак з

самого початку було і залишається дискусійним питання про те, *яка особа повинна визнаватися суб'єктом корупційного злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК*. Така особа приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи від суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті КК, за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або пропонує чи обіцяє здійснити вплив за надання такої вигоди.

Проблематичність вирішення цього питання підтверджується як кількістю науковців, які досліджували його, так і тривалістю наукової дискусії. Зокрема, цю проблематику в різний час досліджували П. П. Андрушко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров, М. Б. Желік, Г. М. Зеленов, В. М. Киричко, Н. О. Кочерова, О. В. Кришевич, Д. І. Крупко, В. О. Навроцький, О. Т. Омелянович, А. В. Савченко, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, Н. М. Ярмиш та інші науковці.

Концептуально є дві основні позиції щодо визначення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК: 1) суб'єкт цього злочину загальний і 2) суб'єкт цього злочину спеціальний. Перша позиція примітна наявністю різних тлумачень суб'єкта – від фізичної осудної особи, яка досягла 16-річного віку, до різних варіантів звуження цього кола осіб через фіксацію випадків, на які норма не поширюється. Тому в рамках цієї концепції одні науковці припускають зловживання таким суб'єктом будь-яким впливом, а інші – лише неслужбовим впливом, тобто не пов'язаним із владою, службовим становищем чи повноваженнями особи. Друга концептуальна позиція – це визнання зазначеного суб'єкта спеціальним, а впливу, яким він зловживає, завжди пов'язаним із владою, службовим становищем чи повноваженнями такого суб'єкта.

Остання позиція мною була детально аргументована ще в 2013 році в монографії «Кримінальна відповідальність за корупцію»¹, а потім у

¹ Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Х.: Право, 2013. С. 227–261 с.

статті «Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369² КК України) та її вирішення»². Авторське вирішення цього питання в основі має такі положення: 1) суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, є спеціальним; 2) види такого спеціального суб'єкта вказані в п. 3 примітки до ст. 354 КК, де визначені поняття пропозиції і обіцянки неправомірної вигоди стосовно в тому числі ст. 369² КК; зокрема це службові особи та особи, які надають публічні послуги (з урахуванням системного тлумачення); 3) особливістю підкупу таких спеціальних суб'єктів за ст. 369² КК є те, що їх підкуповують не до використання службових повноважень (в широкому їх розумінні), а до зловживання впливом, під яким слід розуміти *використання можливостей, пов'язаних з такими службовими повноваженнями*. У наступний період це питання зберігало дискусійний характер як в науці кримінального права, так і в судовій практиці³.

Верховний Суд почав активно заявляти про свою правову позицію з розглядуваного питання в 2018 р. Зокрема колегія суддів першої судової палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду (далі – ККС) у постанові від 26 червня 2018 р. (справа № 359/1848/15-к) виходила з правової позиції, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, є *спеціальним*. Натомість колегії суддів першої судової палати ККС у постановках від 6 вересня 2018 р. (справа № 727/6661/15-к, провадження № 51-1426км18) та другої судової палати ККС у постановках від 19 вересня 2018 р. (справа № 347/350/16, провадження № 51-2672км18) та від 15 листопада 2018 р. (справа № 686/873/17, провадження № 51-4560км18) виходили з того, що суб'єкт цього злочину *загальний*, і керувалися тим, що у ст. 369² КК йдеться про використання особою будь-якого впливу, який не

² Киричко В. М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України) та її вирішення. *Проблеми законності*. 2015. № 128. С. 38–46.

³ Див.: Дудоров О. Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці. *Часопис українського судочинства*. 2019. № 2. С. 13–35.

обов'язково обумовлений владою, службовим становищем, повноваженнями, пов'язаними з наданням публічних послуг.

Колегія суддів Третьої судової палати ККС в ухвалі від 25 листопада 2020 р. (справа № 554/5090/16-к, провадження № 51-1878км20) не погодилась з визнанням суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, будь-якої фізичної осудної особи, якій виповнилося 16 років (загальний суб'єкт). Колегія суддів *«вважає, що у цій кримінально-правовій нормі йдеться про використання не будь-якого впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, а лише про зловживання таким впливом, який безпосередньо пов'язаний з наявністю у суб'єкта злочину влади, службового становища чи повноваженнями та обумовлений ними. Отже, йдеться про зловживання службовим (в широкому розумінні) впливом особою, яка має такий вплив, що вказує на те, що суб'єктом цього злочину може бути лише певна особа (відповідно до ч. 2 ст. 18 КК такий суб'єкт називається спеціальним)»*. У цій ухвалі Верховний суд виклав правову позицію, яка не тільки співпадає з тією, що викладена в моїх зазначених публікаціях, але й використав більшість з наведених мною аргументів її правильності.

Для забезпечення єдиної правозастосовної практики та формування висновку щодо застосування норми права, передбаченої ч. 2 ст. 369² КК, Колегія суддів Третьої судової палати ККС передала зазначене кримінальне провадження на розгляд Об'єднаної палати ККС. 29 березня 2021 р. Об'єднана палата ККС прийняла постанову (справа № 554/5090/16-к, провадження № 51-1878км20), в якій сформулювала такий правовий висновок: *«суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, є будь-яка фізична осудна особа, що 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»*. Таким чином, Об'єднана палата ККС зайняла правову

позицію, згідно з якою суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, є не спеціальним, а загальним. З таким рішенням не можна погодитись, оскільки, як вбачається, наведена судом аргументація рішення не витримує критики.

Метою статті є: 1) детальний теоретичний аналіз висновку Об'єднаної палати ККС щодо суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, наведеного в постанові від 29 березня 2021 р. (справа № 554/5090/16-к, провадження № 51-1878кмо20); 2) обґрунтування неправильності зазначеного висновку та необхідності його зміни.

Виклад основного матеріалу. У розглядуваній постанові Об'єднаної палати ККС від 29 березня 2021 р. висновок щодо ознак суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, обґрунтований так:

«Безпосередньо у тексті ст. 369² КК відсутні приписи, що визначають ознаки суб'єкта цього злочину. Отже, висновок про те, чи є суб'єкт зазначеного злочину загальним чи спеціальним, обумовлений системними зв'язками кримінально-правових норм, передбачених як ст. 369² КК, так й іншими статтями КК, де законодавець визначає зміст ознак відповідних злочинів. Так, приміткою 3 до ст. 354 КК визначено ознаки пропозиції і обіцянки неправомірної вигоди працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі (для застосування статей 354, 368, 368³–370 цього Кодексу). Норми закону України про кримінальну відповідальність утворюють собою систему, побудовану за чіткими критеріями, де дефінітивні норми підпорядковуються встановленим законом вимогам та правилам. Законодавець, визначає поняття (їх зміст та обсяг) там, де вони вперше застосовуються в КК, і не повторює їх визначення в інших розділах, де вони використовуються в тому ж значенні.

У частині 2 ст. 369² КК у тому ж значенні, що і в примітці до ст. 354 КК, застосовуються поняття пропозиція і обіцянка неправомірної вигоди як

форми зовнішнього виявлення суспільно небезпечного діяння. Водночас щодо визначення ознак суб'єкта злочину і кінцевого адресата протиправного впливу норма, викладена в ч. 2 ст. 369², є спеціальною стосовно норм, викладених у статтях 354, 368, 368³, 368⁴ (включаючи примітки до них) зазначеного Кодексу. Ознаки цього злочину визначаються виключно з огляду на сутність та системні зв'язки зазначеної кримінально-правової норми з іншими наведеними нормами.

Джерелом протиправного впливу, що визначений ч. 2 ст. 369² КК, є особа, яка приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити вплив за надання такої вигоди.

Оскільки диспозиція ч. 2 ст. 369² КК текстуально не конкретизує характеру впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, Об'єднана палата виходить із того, що поняттям впливу охоплюється в тому числі використання дружніх, родинних, особистих стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, тощо.

В контексті визначення ознак передбаченого цією нормою складу злочину зміст поняття «вплив» законодавець жодним чином не обмежує лише «впливом з використанням влади або службового становища», який є лише одним із способів вчинення цього злочину. Такий вплив полягає в тому, що службова особа завдяки своєму становищу вживає заходів до вчинення дій іншими особами (непідпорядкованими їй і які не перебувають від неї в службовій залежності), де використовує службовий авторитет, свої зв'язки зі службовими особами, інші можливості, обумовлені займаною посадою.

Отже, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369² КК, може бути будь-яка особа, яка в уяві того, хто здійснює підкуп, здатна здійснити

реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування».

Для цілей теоретичного аналізу викладене обґрунтування Об'єднаної палати ККС за своїм змістом можна розділити на дві частини: у першій з них заперечується можливість зробити висновок про суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, безпосередньо із законодавчих положень, викладених в п. 3 примітки до ст. 354 КК; у другій частині обґрунтування висновок щодо суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, зроблений виходячи з того, що в ч. 2 цієї статті КК «вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування» не є конкретизованим, тому такий вплив може бути різним, а суб'єктом може бути будь-яка особа, «яка в уяві того, хто здійснює підкуп, здатна здійснити реальний вплив».

Спочатку **щодо безпідставності заперечення Об'єднаною палатою ККС значення положень, передбачених у п. 3 примітки до ст. 354 КК, для визначення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК.** Як вбачається, для вирішення питання про суб'єкта зловживання впливом за ч. 2 ст. 369² КК *основне значення мають саме положення, передбачені в п. 3 примітки до ст. 354 КК*, та їх системне тлумачення: «Під пропозицією у статтях 354, 368, 368³–370 слід розуміти висловлення *працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі* наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди». Ці положення безпосередньо стосуються зловживання впливом, оскільки формулюванням «368³–370» охоплюється ст. 369² КК, а за своїм змістом мають одночасно декілька правових значень, пов'язаних із суб'єктом зловживання впливом.

По-перше, щодо значення положень п. 3 примітки до ст. 354 КК для кваліфікації «пропозиції неправомірної вигоди» і «обіцянки такої вигоди» при

застосуванні статей 354, 368, 368³–370, в тому числі ст. 369² КК. Це значення полягає в наступному. Для того, щоб визнати в конкретній поведінці особи «пропозицію неправомірної вигоди» або «обіцянку неправомірної вигоди» необхідно встановити всі обов'язкові юридичні ознаки, що передбачені в їх законодавчих визначеннях. Зі змісту п. 3 примітки до ст. 354 КК випливає, що вони мають такі законодавчі визначення. Під *пропозицією* у статтях 354, 368, 368³–370 КК слід розуміти висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі наміру про надання неправомірної вигоди. Під *обіцянкою* у статтях 354, 368, 368³–370 КК слід розуміти висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, наміру про надання неправомірної вигоди з повідомленням про час, місце, спосіб такого надання. Важливо відразу зазначити про те, що стосовно корупційного підкупу ці законодавчі визначення пропозиції і обіцянки неправомірної вигоди викладені законодавцем таким чином, що вони характеризують активний підкуп (дії того, хто підкупує), а похідне значення мають також для пасивного підкупу (дій того, кого підкупувають).

Як пропозиція, так і обіцянка неправомірної вигоди є так званими інформаційними діями, при вчиненні яких завжди передається інформація певного змісту певному адресату. Враховуючи ці особливості, можна в зазначених законодавчих формулюваннях пропозиції і обіцянки неправомірної вигоди виділити: 1) *ознаки змісту інформації, яка передається*: а) при пропозиції – це інформація про намір надання неправомірної вигоди; б) при обіцянці – це інформація про намір надання неправомірної вигоди, а також про час, місце, спосіб такого надання; 2) *ознаки адресата передачі інформації* – це: а) працівник підприємства, установи чи організації, б) особа, яка надає публічні послуги, або в) службова особа. Таким чином, для кваліфікації конкретних дій як пропозиції чи як

обіцянки неправомірної вигоди необхідно завжди встановлювати передбачені в п. 3 примітки до ст. 354 КК як ознаки, що характеризують зміст інформації, так і ознаки, що характеризують адресата передачі інформації. Наприклад, дії особи, яка висловила намір надати слідчому кошти за незаконне звільнення її від кримінальної відповідальності у майбутньому, кваліфікуються відповідно до п. 3 примітки до ст. 354 КК як пропозиція неправомірної вигоди, передбачена ст. 369 КК, тому що одночасно містять в собі законодавчі ознаки змісту інформації, яка передається, і ознаки адресата передачі неправомірної вигоди, яким виступає службова особа публічного права (визначена в примітці до ст. 364 КК).

Із викладеного випливає важливий *висновок*: якщо в конкретних діях особи є зазначені законодавчі ознаки, що характеризують зміст інформації, але при цьому відсутні законодавчі ознаки, що характеризують адресата передачі інформації, то це *унеможлиблює їх кваліфікацію як пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди за статтями 354, 368, 368³–370 КК*. Зокрема це стосується випадків, коли неправомірна вигода пропонується або обіцяється будь-якій особі, яка не є працівником підприємства, установи чи організації (особою, яка працює за трудовим чи іншим договором на користь підприємства, установи чи організації), особою, яка надає публічні послуги, або службовою особою. Стосовно зловживання впливом (ст. 369² КК) цей висновок означає, що пропозиція або обіцянка неправомірної вигоди всім особам, які характеризуються ознаками загального суб'єкта (про яких йдеться у розглядуваному висновку Об'єднаної палати ККС), але при цьому не є працівниками підприємства, установи чи організації, або особами, що надають публічні послуги, або службовими особами, *не містять всіх обов'язкових ознак, передбачених у п. 3 примітки до ст. 354 КК, а тому не можуть кваліфікуватися за ч. 1 ст. 369² КК (як активний підкуп)*. Похідним правовим наслідком цього висновку є *висновок про відсутність в цих випадках пасивного підкупу, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК*, оскільки якщо

активний підкуп певної особи не передбачений в ч. 1, то це завжди означає відсутність пасивного підкупу такої особи в ч. 2 цієї статті КК.

Повертаючись після викладеного аналізу до наведеного вище витягу з постанови Об'єднаної палати ККС, можна побачити, що в ній загальними тезами вказано на важливість зазначених законодавчих положень ч. 3 примітки до ст. 354 КК, а конкретизоване їх значення для ст. 369² КК сформульовано одним реченням: *«У частині 2 ст. 369² КК у тому ж значенні, що і в примітці до ст. 354 КК, застосовуються поняття пропозиція і обіцянка неправомірної вигоди як форми зовнішнього виявлення суспільно небезпечного діяння»*. Вищевикладене конкретизоване значення положень п. 3 примітки до ст. 354 КК в постанові від 29 березня 2021 р. безпідставно зовсім не враховано.

По-друге, щодо безпосереднього значення положень п. 3 примітки до ст. 354 КК для визначення кола суб'єктів корупційного злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК (тобто кола тих осіб, яких підкуповують, суб'єктів пасивного підкупу). Це значення повністю ґрунтується на правильному розумінні правової природи корупційного підкупу, передбаченого різними статтями КК, в тому числі підкупу до зловживання впливом, відповідальність за який передбачена в ст. 369² КК. Особливістю кримінально-правових норм про корупційний підкуп є наявність в них двох взаємопов'язаних між собою складів злочинів: 1) склад активного підкупу – дії особи, яка підкуповує іншу особу (зокрема ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368³, ч. 1 ст. 368⁴, ст. 369, ч. 1 ст. 369² КК) і 2) склад пасивного підкупу – дії особи, яку підкуповують (зокрема ч. 3 ст. 354, ст. 368, ч. 3 ст. 368³, ч. 3 ст. 368⁴, ч. 2 ст. 369² КК). У всіх зазначених статтях КК про корупційний підкуп ознаки особи, яку підкуповують, включені як обов'язкові ознаки до складів як активного підкупу, так і пасивного підкупу. Наприклад, у ч. 1 ст. 368³ КК ідеться про пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі юридичної особи приватного права, а в ч. 3 цієї статті – про

дії такої службової особи. У підкупі до зловживання впливом, передбаченому ст. 369² КК, особа, яку підкуповують, у складі активного підкупу (ч. 1) характеризується як «особа, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за таку вигоду або за надання такої вигоди третій особі вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а в складі пасивного підкупу (ч. 2) ідеться про дії цієї особи, яку Об'єднана палата ККС назвала «джерелом протиправного впливу». Отже зазначений взаємозв'язок активного і пасивного підкупу в ст. 369² КК є таким самим, як і в інших статтях КК про корупційний підкуп. Особливістю ст. 369² КК є лише те, що в ній особа, яку підкуповують, менш конкретизована за своїми ознаками, ніж в інших статтях КК про корупційний підкуп.

У п. 3 примітки до ст. 354 КК міститься загальний перелік осіб, яких підкуповують, при здійсненні корупційних підкупів, передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК. Він юридично сформульований як вичерпний і до нього включені три категорії спеціальних суб'єктів: 1) працівник підприємства, установи чи організації, 2) особа, яка надає публічні послуги, 3) службова особа. При застосуванні статей 354, 368, 368³, 368⁴, 369 КК положення щодо осіб, яких підкуповують, передбачені в п. 3 примітки до ст. 354 КК, розглядаються як загальні, а більш конкретизовані ознаки таких осіб, передбачені в статтях 354, 368, 368³, 368⁴, 369 КК, – як спеціальні. За наявності конкуренції зазначених законодавчих положень останні мають перевагу при кваліфікації злочинів. Наприклад, особою, яку підкуповують, за ст. 368³ КК визнається не будь-який із трьох видів спеціальних суб'єктів, передбачених у п. 3 примітки до ст. 354 КК, а лише один спеціальний суб'єкт – особа, яка надає публічні послуги. Оскільки безпосередньо в ст. 369² КК немає конкретизованих ознак особи, яку підкуповують, то для цієї статті КК пряме юридичне значення мають загальні положення щодо осіб, яких підкуповують, передбачені в п. 3 примітки до

ст. 354 КК. Таким чином безпосередньо із п. 3 примітки до ст. 354 КК випливає, що особою, яку підкупають до зловживання впливом за ст. 369² КК, може бути: 1) працівник підприємства, установи чи організації, 2) особа, яка надає публічні послуги, або 3) службова особа. Ці ознаки спеціальних суб'єктів стосовно ст. 369² КК сформульовані редакційно як ознаки активного підкупу (ч. 1), але в силу вищезазначених особливостей корупційного підкупу набувають такого самого юридичного значення для складу пасивного підкупу, передбаченого ч. 2 цієї статті КК.

Викладене значення положень, передбачених у п. 3 примітки до ст. 354 КК, унеможливорює визнання особами, яких підкупають, тобто суб'єктами злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, будь-яких інших осіб, крім тих, що зазначені в п. 3 примітки до ст. 354 КК. Визнання Об'єднаною палатою ККС таких інших осіб суб'єктами злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, як вбачається, є неправильним, оскільки воно безпідставно не враховує викладеного юридичного значення положень п. 3 примітки до ст. 354 КК.

Разом з тим, слід звернути увагу, що зазначений висновок щодо спеціальних суб'єктів, яких підкупають при вчиненні корупційного підкупу, передбаченого ст. 369² КК, потребує уточнення з урахуванням того, що кримінально-правова норма про корупційні зловживання працівників підприємств, установ чи організацій, які не є службовими особами чи особами, які надають публічні послуги, передбачена в іншому розділі Особливої частини КК. Це означає, що відповідно до принципу системного тлумачення перевагу в застосуванні повинна мати ст. 354 КК. Таким чином, із викладеного випливає висновок, що особою, яку підкупають при здійсненні корупційного підкупу, передбаченого ст. 369² КК, може бути лише спеціальний суб'єкт: 1) службова особа (будь-якого виду) або 2) особа, яка надає публічні послуги. Саме такі спеціальні суб'єкти повинні визнаватися суб'єктами злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК.

Чому ж Об'єднана палата ККС не надала належного правового значення положенням, передбаченим у п. 3 примітки до ст. 354 КК? У розглядуваній постанові від 29 березня 2021 р. відповідь на це питання виглядає так: *«Водночас щодо визначення ознак суб'єкта злочину і кінцевого адресата протиправного впливу норма, викладена в ч. 2 ст. 369², є спеціальною стосовно норм, викладених у статтях 354, 368, 368³, 368⁴ (включаючи примітки до них) зазначеного Кодексу. Ознаки цього злочину визначаються виключно з огляду на сутність та системні зв'язки зазначеної кримінально-правової норми з іншими наведеними нормами».*

Однак норма, викладена в ч. 2 ст. 369² КК, за ознаками суб'єкта злочину не є спеціальною нормою стосовно норм, викладених у статтях 354, 368, 368³, 368⁴ КК. У останніх статтях КК суб'єкти пасивного підкупу вже є спеціальними – працівник підприємства, установи чи організації, особа, яка надає публічні послуги, а також службова особа. Стосовно таких суб'єктів спеціальна норма за ознаками суб'єкта може утворюватися лише шляхом виділення додаткових спеціальних ознак таких суб'єктів, наприклад, службова особа, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище. Подібної конкретизації ознак у ст. 369² КК немає, тому немає підстав визнавати норму, передбачену в ч. 2 цієї статті, спеціальною за ознаками суб'єкта, а розглядувана теза взагалі не може перебувати в логічному ряду обґрунтування висновку про загальний суб'єкт зловживання впливом за ч. 2 ст. 369² КК. Таким чином, теза про визнання норми, викладеної в ч. 2 ст. 369² КК, спеціальною за ознаками суб'єкта злочину: 1) є *неправильною за змістом*; 2) *не може визнаватися причиною незастосування положень, передбачених у п. 3 примітки до ст. 354 КК, для визначення ознак суб'єкта зловживання впливом за ч. 2 ст. 369² КК*; 3) *взагалі не може виступати аргументом для визнання суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, загальним*.

Так само викликає заперечення зазначена теза Об'єднаної палати ККС

про те, що за ознаками кінцевого адресата протиправного впливу норма, викладена в ч. 2 ст. 369² КК, є спеціальною стосовно норм, передбачених у статтях 354, 368, 368³, 368⁴ КК. У статтях 368³ та 368⁴ КК передбачена відповідальність за підкуп до зловживання спеціальними суб'єктами своїми повноваженнями, але в них немає положень про відповідальність за підкуп до зловживання впливом. Тому ці статті не конкурують із ст. 369² КК, а остання не може визнаватися спеціальною. У співвідношенні між нормами, передбаченими статтями 354 і 369² КК, як зазначалось вище, вирішальне значення повинно мати різне місце цих кримінально-правових норм у системі Особливої частини КК. Отже, норма, викладена в ч. 2 ст. 369² КК, може визнаватися спеціальною лише у випадках конкуренції з нормою про пасивний підкуп службової особи публічного права, передбаченою ст. 368 КК. Однак *це не може виступати причиною незастосування положень п. 3 примітки до ст. 354 КК для визначення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, оскільки не стосується ознак суб'єкта злочину.* Крім того, визнання норми, викладеної в ч. 2 ст. 369² КК, спеціальною стосовно норми, передбаченої ст. 368 КК, за ознаками впливу можливе лише за умови, що в обох цих статтях КК є однакові ознаки спеціального суб'єкта злочину – службової особи публічного права. Таким чином, розглянута теза *по суті не може виступати аргументом для визнання суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, загальним.*

У зв'язку з викладеним важливо звернути особливу увагу на те, що визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, загальним змінює співвідношення такої норми з нормами про пасивний підкуп, передбаченими статтями 354, 368, 368³, 368⁴ КК, в яких суб'єкти спеціальні. Зокрема при конкуренції ч. 2 ст. 369² та ст. 368 КК перевагу матиме ст. 368 КК, а норма, передбачена ч. 2 ст. 369² КК, перестає бути спеціальною. У розглядуваній постанові від 29 березня 2021 р. Об'єднана палата ККС фактично використала аргумент, що норма, передбачена ч. 2 ст. 369² КК, є

спеціальною, для обґрунтування висновку про загальний суб'єкт цього злочину, який має похідним наслідком висновок, що ця норма не є спеціальною.

Далі, **щодо обґрунтування висновку Об'єднаною палатою ККС.** Основним аргументом в обґрунтуванні висновку про загальний суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, в розглядуваній постанові Об'єднаної палати ККС виступає те, що *«диспозиція ч. 2 ст. 369² КК текстуально не конкретизує характеру впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави»*. Саме з цього зроблені відразу два висновки: 1) про характер зазначеного впливу – що він може бути різним, в тому числі проявлятися як *«використання дружніх, родинних, особистих стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, тощо»*; 2) про суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, – ним може бути *«будь-яка особа, яка в уяві того, хто здійснює підкуп, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування»*. Як вбачається, неправильними слід визнати обидва зазначені висновки.

По-перше, щодо висновку Об'єднаної палати ККС про широке тлумачення впливу за ст. 369² КК. Такий висновок зовсім не враховує системні зв'язки ст. 369² КК з іншими кримінально-правовими нормами, зокрема з тими, що визначають корупційний характер цього злочину. Відповідно до положень, передбачених у примітці до ст. 45 КК, зловживання впливом (ст. 369² КК) визнається корупційним злочином у всіх випадках його вчинення. Це означає, що для цього злочину обов'язковими є ознаки корупції, передбачені в Законі України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII. Відповідно до ст. 1 цього Закону активний корупційний підкуп виражається в обіцянці, пропозиції чи наданні неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до

протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. Відповідно суб'єкт пасивного підкупу використовує надані йому службові повноваження чи пов'язані з ними можливості. Ці ознаки повинні застосовуватися для обмежувального тлумачення впливу, про який йдеться в ст. 369² КК, тому що вона передбачає відповідальність за один із видів корупційного підкупу. А саме: із цих положень випливає однозначний висновок про те, що вплив, який не має зв'язку із службовими повноваженнями спеціального суб'єкта, передбаченого в ст. 3 Закону, не може охоплюватися ст. 369² КК, тому що в такому разі діяння не буде мати ознак корупційного підкупу, а відповідно до примітки до ст. 45 КК такі ознаки є обов'язковими. Ще більше звужує зміст впливу за ст. 369² КК врахування співвідношення цього виду підкупу з іншими видами корупційного підкупу, передбаченими статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369 КК. Теоретичний аналіз цього співвідношення показав, що в ст. 369² КК ідеться про використання спеціальними суб'єктами можливостей, пов'язаних з їх повноваженнями, а не самих повноважень, тобто йдеться про вплив, який пов'язаний з наявністю в особи службових (в розумінні зазначеного Закону) повноважень. Такий самий висновок про характер впливу за ст. 369² КК випливає з місця цієї кримінально-правової норми в системі Особливої частини КК. Її належність до кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, обумовлює обов'язковість зв'язку впливу з такою діяльністю. Обмежувальне розуміння впливу випливає також із пунктів 64–66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де зокрема зазначається про те, що криміналізація зловживання впливом має на меті боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатись зі свого професійного становища або соціального статусу.

Таким чином, висновок Об'єднаної палати ККС про те, що вплив за

ст. 369² КК слід розуміти як будь-який вплив (широке тлумачення) *не є обґрунтованим*. Системне тлумачення цього поняття, відображене вище, вказує на *правильність його обмежувального тлумачення та визнання обов'язковості зазначеного вище його зв'язку із службовими (в розумінні названого Закону) повноваженнями спеціального суб'єкта*.

По-друге, щодо кінцевого висновку Об'єднаної палати ККС про загального суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК. Аргументація цього висновку в розглядуваній постанові від 29 березня 2021 р. повністю ґрунтується на широкому тлумаченні «впливу» за ст. 369² КК і юридично він виглядає як *похідний висновок* з такою логікою: оскільки вплив може бути будь-яким, то і суб'єктом злочину за ч. 2 ст. 369² КК може бути *«будь-яка фізична осудна особа, що 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»*. Особливістю такої аргументації є те, що визнання необґрунтованості першого висновку означає необґрунтованість похідного висновку. Саме це і має місце в даному випадку: неправильність широкого тлумачення впливу за ст. 369² КК, обґрунтована вище, має своїм наслідком висновок про неправильність похідного висновку щодо суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК.

Разом з тим, у теоретичному аналізі цієї правової ситуації вбачається важливим звернути увагу на помилковість самого логічного алгоритму обґрунтування, який був вибраний Об'єднаною палатою ККС. Якщо аналізується певний склад злочину, в якому ознаки суб'єкта не конкретизовані законодавцем, то теоретично можливі такі варіанти вирішення питань про суб'єкта і про зміст поняття впливу: 1) спеціальний суб'єкт і вузьке тлумачення «впливу»; 2) спеціальний суб'єкт і широке тлумачення «впливу»; 3) загальний суб'єкт і вузьке тлумачення «впливу»;

4) загальний суб'єкт і широке тлумачення «впливу». Очевидно, що однозначний висновок щодо суб'єкта не можна зробити на підставі встановлення одного із зазначених варіантів тлумачення «впливу». Зокрема, якщо «вплив» тлумачиться широко (як в розглядуваній постанові Об'єднаної палати ККС), то можливі два варіанти вирішення питання про суб'єкта – він визнається спеціальним або загальним. Наприклад, вплив з використанням дружніх чи родинних стосунків можна розглядати як стосовно службової особи, так і стосовно безробітного.

Отже, висновок Об'єднаної палати ККС про суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, слід визнати таким, що є *неправильним*, тому що: 1) *широке тлумачення «впливу» заперечується викладеним вище системним тлумаченням*; 2) *із самого по собі висновку про характер «впливу» не випливає однозначний висновок про суб'єкта розглядуваного злочину*.

Як вбачається, *правильним є протилежний висновок*, відповідно до якого суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, може бути *лише спеціальний суб'єкт – службова особа або особа, яка надає публічні послуги, а «вплив» за цією статтею КК завжди пов'язаний із службовими (в розумінні зазначеного антикорупційного Закону) повноваженнями таких осіб і проявляється як використання можливостей, пов'язаних з такими повноваженнями (але не самих службових повноважень)*.

Лише за умови визнання суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, спеціальним цей злочин має ознаки корупції у всіх випадках його вчинення, як це передбачено в примітці до ст. 45 КК. Із визначення корупції, наведеного в ст. 1 Закону «Про запобігання корупції», випливає, що корупційний підкуп завжди є проявом двосторонньої корупції. Для кожного виду корупційного підкупу, включаючи підкуп до зловживання впливом (ст. 369² КК), обов'язковим є те, що особа, яка підкупує не має спеціальних ознак, а особа, яку підкупувають, завжди є спеціальним суб'єктом,

зазначеним у частині першій статті 3 Закону. Стосовно кримінально-правових норм про підкуп це означає, що у всіх таких нормах суб'єкт активного підкупу є загальним, а суб'єкт пасивного підкупу спеціальним. *Стосовно ст. 369² КК це означає, що за ч. 1 цієї статті суб'єкт загальний, а за ч. 2 – спеціальний.*

Для більш повного розуміння *неправильності* розглядуваного висновку Об'єднаної палати ККС щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, будь-якої фізичної осудної особи, що досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, вбачається також важливим висвітлення того, **як зазначений висновок змінює зміст норми про зловживання впливом (ст. 369² КК) і які похідні негативні наслідки це може спричинити.**

Щодо співвідношення статей 369² і 354 КК. У ньому пріоритетне значення має ст. 354 КК виходячи з місця цієї норми в системі Особливої частини КК і це не залежить від того, визнається суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, спеціальним чи загальним. Водночас якщо суб'єкта пасивного підкупу за ч. 2 ст. 369² КК визнавати загальним, то ст. 354 КК має перевагу в застосуванні ще й тому, що в ній є спеціальні ознаки суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК, а також ознаки, що конкретизують характер впливу – з використанням свого становища, яке він займає на підприємстві, в установі чи організації. Такі спеціальні суб'єкти належать до кола тих осіб, які підпадають під законодавче регулювання Законом України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. і які передбачені в ст. 3 цього Закону. На них також поширюється передбачена в ст. 22 Закону заборона використовувати свої службові повноваження або своє становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб.

Щодо співвідношення ст. 369² із статтями 368 та 369 КК. Службова особа публічного права прямо зазначена в ст. 368 КК як спеціальний суб'єкт

цього злочину, а її ознаки визначені в примітці до ст. 364 КК. Визнання такої особи спеціальним суб'єктом пасивного підкупу за ч. 2 ст. 369² КК впливає зі змісту п. 3 примітки до ст. 354 КК. У разі конкуренції ч. 2 ст. 369² і ст. 368 КК перевагу має спеціальна норма, передбачена в ч. 2 ст. 369² КК. З урахуванням положень зазначеного антикорупційного Закону співвідношення корупційних підкупів, передбачених цими статтями КК, виглядає так: в статтях 368 і 369 КК ідеться про підкуп до зловживання службовими особами своїми службовими повноваженнями, а в ст. 369² КК – до зловживання впливом (можливостями), пов'язаним із службовими повноваженнями. Саме таке співвідношення відображено в Конвенції ООН проти корупції, яка була розроблена пізніше, ніж Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173), і з урахуванням положень останньої та інших антикорупційних конвенцій. «Державна посадова особа» буквально вказана як спеціальний суб'єкт злочинів, передбачених ст. 15 «Підкуп національних державних посадових осіб» і ст. 18 «Зловживання впливом».

Якщо суб'єктом пасивного підкупу за ч. 2 ст. 369² КК визнавати будь-яку особу, яка характеризується загальними ознаками суб'єкта, то це прямо буде суперечити конвенційному рішення цього питання, яке полягає в тому, що «державна посадова особа» може нести кримінальну відповідальність за підкуп до зловживання своїми посадовими обов'язками (ст. 15 Конвенції) або за підкуп до зловживання нею впливом (ст. 18 Конвенції). У разі визнання суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, загальним це рішення змінюється так, що залишається лише один варіант кваліфікації – це застосування ст. 368 КК. Тобто у співвідношенні ст. 368 КК (із спеціальним суб'єктом) та ч. 2 ст. 369² КК (із загальним суб'єктом) перевагу завжди матиме ст. 368 КК як спеціальна норма, в якій встановлена кримінальна відповідальність службових осіб публічного права за дії, пов'язані з наявними в таких осіб владними повноваженнями або з їх службовим становищем. Останнє, як відомо, охоплює собою як використання службових

повноважень, так і того впливу (можливостей), які пов'язані з такими повноваженнями. Отже висновок Об'єднаної палати ККС про загального суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, як вбачається, *не відповідає* тому вирішенню питання про відповідальність державних посадових осіб, про яке йдеться в статтях 15 і 18 Конвенції.

Щодо співвідношення ст. 369² із статтями 368³ та 368⁴ КК. Відповідно до п. 3 примітки до ст. 354 КК службова особа юридичної особи приватного права та особа, яка надає публічні послуги, можуть визнаватися спеціальними суб'єктами пасивного підкупу до зловживання впливом, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК. Такі самі особи виступають спеціальними суб'єктами пасивного підкупу відповідно в статтях 368³ та 368⁴ КК. Однак конкуренція між цими статтями КК та ч. 2 ст. 369² КК не виникає, тому що в них, на відміну від ст. 368 КК, йдеться про зв'язок дій спеціальних суб'єктів цих злочинів не з владними повноваженням або службовим становищем, а з наданими їм повноваженнями. Тому розглядувані види підкупу розмежовуються так: в статтях 368³ та 368⁴ КК йдеться про підкуп до зловживання повноваженнями, а в ст. 369² КК – про підкуп до зловживання впливом (можливостями) пов'язаним з повноваженнями зазначених осіб.

У разі визнання суб'єктом пасивного підкупу за ч. 2 ст. 369² КК будь-якої особи, яка характеризується загальними ознаками суб'єкта, виникне ситуація, коли в КК не буде спеціальної норми про підкуп службової особи юридичної особи приватного права або особи, яка надає публічні послуги, до зловживання впливом (можливостями), пов'язаним з повноваженнями таких осіб. Статті 368³ та 368⁴ не можуть охопити собою такий підкуп, на відміну від статей 354 та 368, 369 КК, в яких передбачені більш широкі формулювання об'єктивної сторони злочинів. З тих самих причин не можуть бути застосовані загальні норми про зловживання повноваженнями, передбачені статтями 364¹ та 365² КК. Відповідальність таких осіб за ст. 354 КК буде порушувати принцип системності, а відповідальність за ч. 2 ст. 369²

КК на одному рівні із загальним суб'єктом є неправильно тому, що дії загальних і дії спеціальних суб'єктів є різними за характером та ступенем суспільної небезпечності. Таке рішення також не відповідає положенням, передбаченим у ст. 18 «Зловживання впливом» Конвенції ООН проти корупції, де йдеться про відповідальність «державної посадової особи або такої іншої особи». Із змісту ст. 1 цієї Конвенції випливає, що поняття «такої іншої особи» розраховано на врахування особливостей внутрішнього права Держави-учасниці Конвенції. У ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» особи, які надають публічні послуги, «для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а службові особи юридичних осіб приватного права поєднані із службовими особами публічного права єдиним антикорупційним законом, який обидві категорії осіб визнає суб'єктами корупційних правопорушень. Отже визнання цих категорій осіб спеціальними суб'єктами зловживання впливом відповідає конвенційному визначенню суб'єкта цього злочину за ст. 18 Конвенції як «державна посадова особа або така інша особа».

Щодо діянь, які додатково охоплюються ст. 369² КК у разі визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті, будь-якої фізичної осудної особи, що досягла віку кримінальної відповідальності. За своїм характером та кримінально-правовим значенням такі діяння утворюють дві групи.

Перша група – це діяння, вчинювані службовими особами (будь-якими) або особами, які надають публічні послуги, за відсутності зв'язку діянь із службовими (в широкому розумінні) повноваженнями таких осіб. Наприклад, коли передбачені в ст. 369² КК дії стосуються можливого впливу таких осіб на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, з використанням родинних зв'язків або шляхом різних погроз, не пов'язаних із службовими повноваженнями. Поширення ст. 369²

КК на такі випадки буде суперечити принципу системності, відповідно до якого будь-яка норма, що включається до розділу XVII Особливої частини КК повинна мати зв'язок із службовими повноваженнями чи становищем зазначених спеціальних суб'єктів.

До *другої групи*, яка потребує особливої уваги, відносяться діяння, вчинювані особами, які не є службовими чи такими, що надають публічні послуги. Наприклад, ст. 369² КК буде передбачати відповідальність за таку взаємодію двох безробітних осіб Б. і Д., яка стосується можливого впливу Д. на свого родича, що працює слідчим, шляхом прохання про прийняття останнім певного рішення. Закінченим злочином буде визнаватися: а) в діях Б – пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди Д.; б) в діях Д. – прийняття такої пропозиції чи обіцянки, або одержання неправомірної вигоди, або пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання такої вигоди. Якщо розглядати ці дії стосовно ст. 343 КК, яка передбачає відповідальність за кримінальний проступок – втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, то в діях Б. і Д. є лише ознаки готування до вчинення цього кримінального проступку. Відповідно до ч. 2 ст. 14 КК готування до кримінального проступку не тягне за собою кримінальної відповідальності. Ті самі дії Б. і Д. за ст. 369² КК будуть визнаватися злочинними і тягти відповідальність як за закінчений злочин: за дії Б. в ч. 1 цієї статті передбачено найбільш суворе покарання у виді позбавленням волі на строк до двох років, а за дії Д. в ч. 2 – позбавлення волі на строк до п'яти років. Таке рішення щодо визнання зазначених дій більш суспільно небезпечними та їх кваліфікації за ст. 369² КК не має жодних правових підстав. Далі, серед осіб, про можливий вплив на яких ідеться в ст. 369² КК, є й такі особи, вплив на яких не визнається самостійним кримінальним правопорушенням. Стосовно таких випадків зазначені дії Б і Д. можуть виглядати як готування до підбурювання до вчинення певного протиправного діяння різного ступеня суспільної небезпечності, який і повинен

відобразитися в кримінально-правовій кваліфікації. Кваліфікація цих самих дій за ст. 369² КК та визнання «універсальної караності» таких дій також не має жодного правового обґрунтування.

Таким чином ст. 369² КК у своєму застосуванні *може поширюватися на дії, передбачені іншими статтями КК, і безпідставно надавати їм законодавчу оцінку як більш суспільно небезпечних або безпідставно визнавати кримінальним правопорушенням готування до підбурювання іншої особи до вчинення діяння, яке не є кримінальним правопорушенням.*

Крім того, в зазначених випадках ст. 369² КК відразу буде суперечити положенням, викладеним у примітці до ст. 45 КК, про обов'язковість ознак корупції у всіх випадках вчинення цього злочину. Із ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» випливає, що одностороння корупція проявляється лише в діях спеціального суб'єкта, зазначеного в ст. 3 Закону, а в двосторонній корупції завжди суб'єкт активного підкупу загальний, а суб'єкт пасивного підкупу – спеціальний. Визнання за частинами 1 і 2 ст. 369² КК лише загальних суб'єктів означає відсутність ознак корупції і корупційного підкупу як такого. Наявність ознак «осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» в ст. 369² КК ніяк не впливає на вирішення цього питання, оскільки фактичний вплив на таких осіб перебуває за межами об'єктивної сторони цього злочину, а за своїм характером він завжди виключає вплив шляхом пропозиції, обіцянки або надання неправомірної вигоди, оскільки в такому разі буде наставати відповідальність за корупційний підкуп, передбачений ст. 369 КК. Викладене означає, що поширення ст. 369² КК на взаємодію загальних суб'єктів повністю позбавляє цю норму корупційного характеру в таких випадках та викликає негативні наслідки системного характеру.

У зв'язку з викладеним доречно звернути увагу на помилку методологічного характеру, яка часто зустрічається, коли всі положення антикорупційних конвенцій, що підлягають імплементації до КК,

безпідставно сприймаються як такі, що повинні включатися до системи корупційних норм КК. Насправді це не так: серед конвенційних положень є й такі, в яких ідеться не про корупційні, а інші за своїм характером діяння. Імплементация таких конвенційних положень повинна здійснюватись не до норм КК про корупційні правопорушення, а до інших статей КК. Наприклад, у ст. 23 «Відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом» Конвенції ООН проти корупції йдеться не про корупційні діяння, а про діяння, пов'язані з корупцією як негативним соціальним явищем. Такий підхід є важливим для правильної імплементации положень про «будь-яку особу», які є в конвенційних нормах про зловживання впливом. У ст. 18 «Зловживання впливом» Конвенції ООН проти корупції таке положення конкретизоване як «державна посадова особа або така інша особа», що дозволяє з урахуванням положень ст. 1 Конвенції визнавати суб'єкта, якого підкуповують при зловживанні впливом, спеціальним і виходячи з цього включати таку норму до системи норм КК про корупційні кримінальні правопорушення як норму із спеціальним суб'єктом. У ст. 12 «Зловживання впливом» раніше прийнятої Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 173) використано словосполучення «будь-яка особа» без зазначеної конкретизації такої особи. Це положення не може заперечити вищезазначене конкретизоване значення, оскільки воно прийнято раніше і стосується Європейської конвенції. Імплементация приписів ст. 12 цієї Конвенції повинна здійснюватись з урахуванням того, що до системи корупційних злочинів в КК можна імплементувати лише діяння, які мають ознаки корупції. Як було аргументовано вище, із законодавчого визначення корупції випливає, що в корупційному підкупі суб'єкт пасивного підкупу завжди спеціальний. Тому конкретизація такого спеціального суб'єкта в ст. 18 Конвенції ООН проти корупції за відсутності таких приписів в Європейській конвенції має вирішальне значення для міжнародно-правового розуміння норми про зловживання впливом як норми про корупційний злочин. Дії всіх інших

суб'єктів, які формально охоплюються поняттям «будь-яка особа» за ст. 12 Європейської конвенції необхідно розглядати за рамками системи норм КК про корупційні злочини. При такому розгляді вони виявляють лише певний зв'язок з корупційними злочинами як соціальним явищем. За чинним КК такі дії повинні кваліфікуватися як готування до вчинення певного злочину, пов'язаного з некорупційним впливом на осіб, уповноважених на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

Як вбачається, неправильним також слід визнати включення Об'єднаною палатою ККС до визначення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, ознак, що характеризують суб'єктивну сторону дій особи, яка здійснює підкуп, – обов'язкового усвідомлення нею здатності здійснення суб'єктом пасивного підкупу реального впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Останні ознаки не є ознаками суб'єкта злочину, а крім того ці ознаки не є обов'язковими для всіх випадків застосування ст. 369² КК. Наприклад, пропозиція здійснити вплив за надання неправомірної вигоди, висловлена суб'єктом пасивного підкупу, вважається закінченим злочином незалежно від зазначених ознак.

Висновки.

1. Висновок Об'єднаної палати ККС, наведений в постанові від 29 березня 2021 р. (справа № 554/5090/16-к; провадження № 51-1878кмо20), згідно з яким *«суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, є будь-яка фізична осудна особа, що 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»*, як вбачається, **слід визнати неправильним та таким, що потребує виправлення.**

2. Застосування ст. 369² КК з таким розумінням суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті КК, **може мати негативні правові наслідки**

системного характеру у вигляді: а) необґрунтованої зміни системних зв'язків ст. 369² КК з іншими статтями КК про корупційні злочини, особливо це стосується співвідношення із статтями 368 та 369 КК; б) цей злочин перестає бути видом корупційних злочинів, оскільки для нього ознаки корупції набувають факультативного значення всупереч положенням примітки до ст. 45 КК про обов'язковість ознак корупції; в) рішення про зальний суб'єкт вступає в суперечність з положеннями ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, в якій передбачені ознаки спеціальних суб'єктів пасивного підкупу до зловживання впливом; г) ст. 369² КК може поширюватися на не корупційні дії, передбачені іншими статтями КК, і безпідставно надавати їм законодавчу оцінку як більш суспільно небезпечних; д) з посиланням на ст. 369² КК можуть безпідставно визнаватися кримінальним правопорушенням готування до підбурювання іншої особи до вчинення діяння, яке не є кримінальним правопорушенням.

3. Правильним вбачається протилежний висновок, відповідно до якого суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, *може бути лише спеціальний суб'єкт – службова особа або особа, яка надає публічні послуги* (відповідно до п. 3 примітки до ст. 354 КК і з урахуванням системного тлумачення), а особливістю підкупу таких спеціальних суб'єктів за ст. 369² КК є те, що *їх підкупувають не до використання службових повноважень (в широкому їх розумінні), а до зловживання впливом (можливістю), пов'язаним із такими службовими повноваженнями.*

Викладений критичний аналіз висновку Об'єднаної палати ККС, наведеного в постанові від 29 березня 2021 р., як вбачається, сприятиме системному осмисленню і вирішенню проблеми визначення суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, в науці кримінального права, а також на законодавчому та правозастосовному рівнях. Це є важливим як для системи КК в цілому, так і для системи кримінально-правових норм про корупційні злочини.

Список використаних джерел

1. Дудоров О. Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці. *Часопис українського судочинства*. 2019. № 2. С. 13–35.
2. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. 424 с.
3. Киричко В. М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369² КК України) та її вирішення. *Проблеми законності*. 2015. № 128. С. 38–46.

REFERENCES

1. Dudorov, O. (2019). Problemy kvalifikacii' zlovzhyvannja vplyvom u sudovij praktyci. *Chasopys ukrai'ns'kogo sudochynstva*, 2, 13–35 [in Ukrainian].
2. Kyrychko, V. M. (2013). Kryminal'na vidpovidal'nist' za korupciju. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
3. Kyrychko, V. M. (2015). Problema vyznachennja sub'jekta zlovzhyvannja vplyvom (ch. 2 st. 369² KK Ukrai'ny) ta i'i' vyrishennja. *Problemy zakonnosti*, issue 128, 38–46 [in Ukrainian].

Киричко В. Н. Выводы Верховного Суда относительно субъекта злоупотребления влиянием (ч. 2 ст. 369² УК Украины): критический теоретический анализ

В статье анализируется вывод Объединенной палаты Кассационного уголовного суда в составе Верховного Суда (приведенный в постановлении от 29 марта 2021 г.) о признании субъектом злоупотребления влиянием (ч. 2 ст. 369² УК Украины), любого физического вменяемого лица, достигшего возраста уголовной ответственности. Установлено, что такое толкование субъекта этого преступления может вызвать негативные правовые последствия системного характера. Обосновывается, что субъект этого преступления специальный – должностное лицо или лицо, которое предоставляет публичные услуги, а ответственность по этой статье УК Украины должна наступать за подкуп до злоупотребления влиянием (возможностями), связанным со служебными (в широком смысле) полномочиями таких лиц.

Ключевые слова: *коррупционные преступления, подкуп, злоупотребление влиянием, субъект злоупотребления влиянием, вывод Верховного Суда относительно субъекта злоупотребления влиянием.*

Kyrychko V. M. Conclusions of the Supreme Court on the subject of trading in influence (Part 2 of Article 369-2 of the Criminal Code of Ukraine): a critical theoretical analysis

The article analyzes the conclusion of the Joint Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (cited in the decision of March 29, 2021) on the recognition of the subject of trading in influence (Part 2 of Article 369-2 of

the Criminal Code of Ukraine) of any natural person who has reached the age of criminal responsibility. It has been established that such an interpretation of the characteristics of the subject of this crime may cause negative legal consequences of a systemic nature.

In particular, such an interpretation may lead to a violation of the system of criminal law on corruption bribery, which is already provided for in the Criminal Code of Ukraine, and according to which the trading in influence by officials or persons providing public services qualifies under Article 369-2. As a result of the new interpretation of the signs of the subject of trading in influence, certain types of such a crime will be qualified under Article 368 of the Criminal code of Ukraine, and Article 369-2 will cease to be such that in all cases has signs of corruption. Such a decision does not comply with the provisions of the UN Convention against Corruption, in which the trading in influence under Article 18 of the Convention is recognized as an independent type of corruption crimes.

Expanding the range of subjects of crime under Part 2 of Article 369-2 of the Criminal code of Ukraine will also lead to competition of this article with other articles of this Code about non-corruption crimes. Article 369-2 will have an advantage in application and provide for stricter liability, but there is no legal basis for such an increase in liability. Similarly, Article 369-2 may unreasonably apply to actions that are not socially dangerous.

It is substantiated that the provisions of Part 3 of the note to Article 354 of the Criminal code of Ukraine have direct value for correct definition of the subject of trading in influence (Part 2 of Article 369-2 of the Criminal Code). According to them, as well as taking into account the systemic links of this criminal law, the subjects of this crime should be recognized as an official or a person who provides public services. This article of the Code should be criminally liable for bribery to trading in influence (opportunities) associated with the official (in a broad sense) powers of such persons.

Key words: *corruption offenses, bribery, trading in influence, subject of trading in influence, Supreme Court opinion on the subject of trading in influence.*