

**Корупційні злочини -
специфіка розслідування.
Тактика захисту (ст. 368, 369,
364 КК України)**

В'ячеслав Краглевич, партнер ЮК EQUITY

СТАТИСТИКА

Ernst & Young

1

місце

в рейтингу корупції в
бізнесі серед **41** країни
Європи

Всесвітній антикорупційний
рейтинг

131

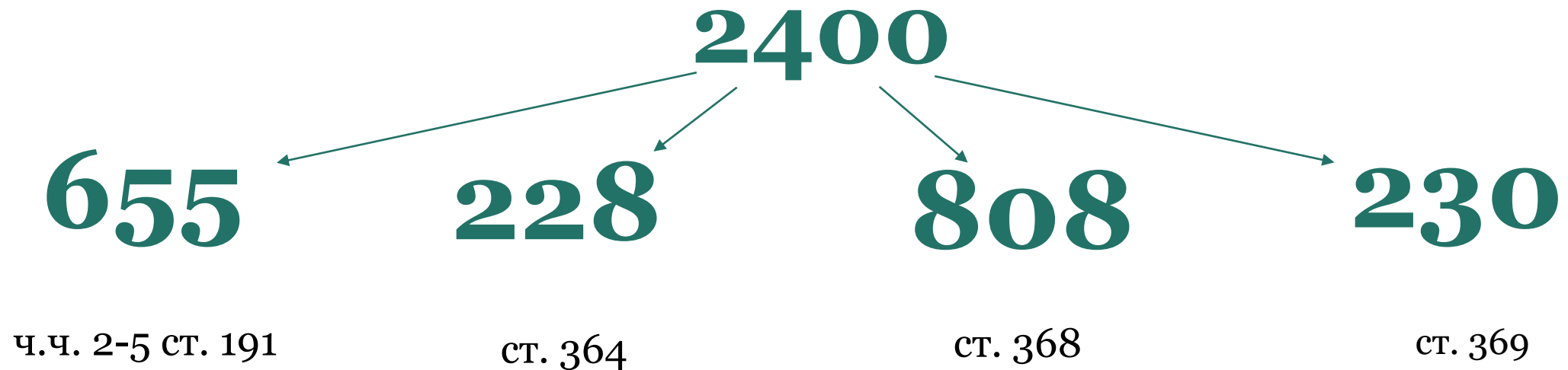
місце зі **176** обстежених
країн світу

Закон України «Про запобігання корупції»

КОРУПЦІЯ - використання особою, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій статті 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.

Статистика корупційних правопорушень за 2017 рік

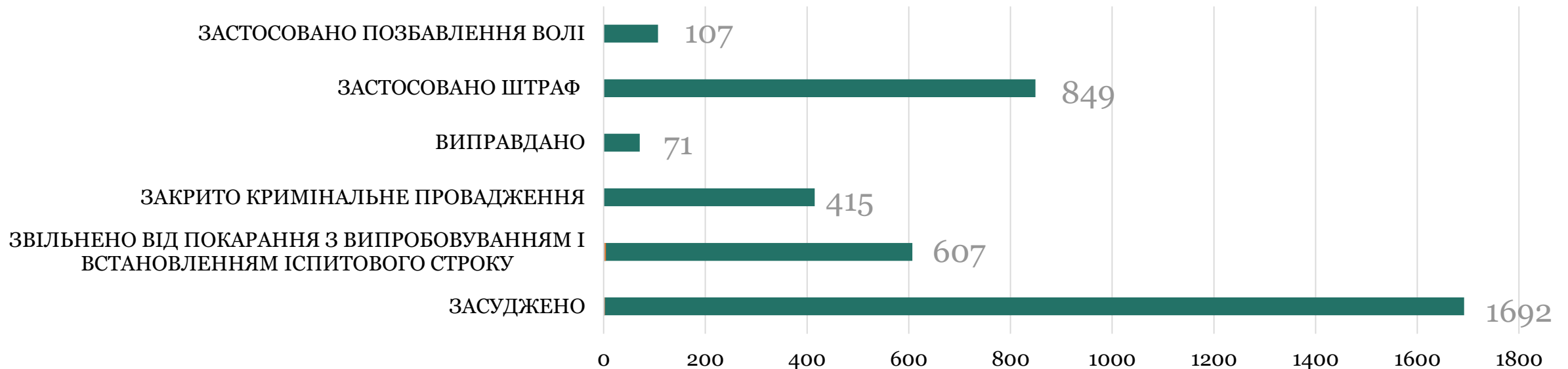
Кількість осіб, що вчинили кримінальні правопорушення, -



Статистика корупційних правопорушень за 2017 рік

Рішення (вироки/ухвали) набрали законної сили щодо

2178
особи



Статистика корупційних правопорушень за 2017 рік

Категорії осіб, що найчастіше вчиняють корупційні злочини:

- Посадові особи юридичних/фізичних осіб
- Особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки в юридичних особах приватного права
- Посадові особи юридичних осіб публічного права
- Посадові особи органів внутрішніх справ
- Посадові особи місцевого самоврядування

Сфери, де найчастіше вчиняють корупційні правопорушення

- Освітня сфера
- Бюджетна сфера
- Сфера земельних відносин
- Сфера охорони здоров'я
- Сфера транспорту

ПРИЧИНИ

- «Наші люди хочуть двох речей: щоб у державі не було корупції і щоб кум допоміг, «якщо щось»
- Рівень заробітних плат чиновників
- Відсутність поваги до державних інституцій та їх посадових осіб

МЕТОДИ БОРОТЬБИ

- Підвищення рівня оплати працівниками
- Конкурси на зайняття посад під контролем громадськості та з використанням спеціальних засобів (поліграф)
- Складність процедури звільнення



**Справа "Класс та інші проти Німеччини",
рішення від 06.09.1978**

«Суд вважає, що у сфері, яка надає, в окремих справах, такі великі можливості для зловживань, котрі можуть призводити до шкідливих наслідків для демократичного суспільства загалом, у принципі функцію наглядового контролю доцільно доручати судді.»



Корупційні злочини

Корупційними злочинами вважаються злочини, передбачені статтями **191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410**, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені статтями **210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368-369-2** КК України.

Стаття 191. Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем

Стаття 210. Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням

Стаття 262. Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем

Стаття 308. Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем

Стаття 312. Викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем

Стаття 313. Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням

Корупційні злочини

Стаття 320. Порухення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів

Стаття 354. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації

Стаття 357. Викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження

Стаття 364. Зловживання владою або службовим становищем

Стаття 364-1. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми

Стаття 365-2. Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги

Стаття 368. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою

Стаття 368-2. Незаконне збагачення

Стаття 368-3. Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми

Стаття 368-4. Підкуп особи, яка надає публічні послуги

Стаття 369. Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі

Стаття 369-2. Зловживання впливом

Стаття 410. Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем

ПІДСЛІДНІСТЬ

Які корупційні злочини розслідує НАБУ?

Детективам Національного антикорупційного бюро України підслідні такі корупційні злочини: **за статтями 191, 210, 354** (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), **364, 368, 368-2, 369, 369-2, 410** Кримінального кодексу України, **якщо наявні умови щодо:**

↓
Спеціального суб'єкта (ст. 216 КПК);

↓
Розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в **п'ятсот і більше** разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення злочину (якщо злочин вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків);

↓
Злочин, передбачений статтею **369**, частиною першою статті **369-2** Кримінального кодексу України, вчинено щодо службової особи, визначеної у частині четвертій статті **18** Кримінального кодексу України або у пункті 1 цієї частини.

Хто розслідує корупцію в НАБУ?

У разі встановлення підрозділом внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України злочинів, передбачених **статтями 354, 364 - 370** Кримінального кодексу України, які були **вчинені службовою особою Національного антикорупційного бюро України** (крім Директора Національного антикорупційного бюро України, його першого заступника та заступника), такі злочини **розслідуються детективами зазначеного підрозділу**.



Злочини вчинені:

1) Президентом України, повноваження якого припинено, Прем'єр-міністром України, членом Кабінету Міністрів України, першим заступником та заступником міністра, членом Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Головою Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Головою Фонду державного майна України, його першим заступником та заступником, членом Центральної виборчої комісії, народним депутатом України, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, Директором Національного антикорупційного бюро України, Генеральним прокурором, його першим заступником та заступником, Головою Національного банку України, його першим заступником та заступником, Секретарем Ради національної безпеки і оборони України, його першим заступником та заступником, крім випадків, коли досудове розслідування цих злочинів віднесено до підслідності Національного антикорупційного бюро України згідно з частиною п'ятою цієї статті.

2) Службовими особами Національного антикорупційного бюро України, заступником Генерального прокурора - керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури або іншими прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, крім випадків, коли досудове розслідування цих злочинів віднесено до підслідності детективів підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України згідно з частиною п'ятою цієї статті.

3) Проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини), крім злочинів, передбачених статтею 422 Кримінального кодексу України.

Початок роботи ДБР

До дня введення в дію положень ДБР

повноваження щодо досудового розслідування здійснюють **слідчі органи прокуратури**, які користуються повноваженнями слідчих, визначеними цим Кодексом, - щодо злочинів, передбачених частиною четвертою статті 216 цього Кодексу

Після введення в дію ч. 4 ст. 216

кримінальні провадження, розпочаті слідчими органів прокуратури, продовжують здійснюватися **слідчими органами прокуратури**, які користуються повноваженнями слідчих, визначеними цим Кодексом, **до закінчення досудового розслідування, але не довше двох років.** Після закінчення дворічного строку кримінальні провадження, розпочаті слідчими органів прокуратури, у **тримісячний строк передаються слідчим органів Державного бюро розслідувань.**

Проект Закону України «Про Національне бюро фінансової безпеки України»

Детективи Національного бюро фінансової безпеки України здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених статтями **1591, 1911, 204, 205, 2051, 212, 2121, 2181, 219, 2201; 2202, 222, 2221, 2222, 2231, 2232, 224, 231, 232, 2321, 2322, 233** та злочинів, передбачених статтями **210, 211** Кримінального кодексу України, якщо розслідування таких злочинів не віднесене до підслідності Національного антикорупційного бюро України.

Якщо під час розслідування зазначених злочинів будуть встановлені злочини, передбачені статтями **190, 191, 192, 199, 200, 216, 255, 358, 364, 366, 367** Кримінального кодексу України, вчинені особою, щодо якої здійснюється досудове розслідування, або іншою особою, якщо вони пов'язані із злочинами, вчиненими особою, щодо якої здійснюється досудове розслідування, вони **розслідуються детективами Національного бюро фінансової безпеки України"**

Слідчі **органів Національної поліції** здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень, крім тих, які віднесені до підслідності інших органів досудового розслідування.

Проблема: здійснення досудового розслідування органами з порушенням підслідності

Позиція Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ:

«проведення досудового розслідування кримінального провадження, зокрема, проведення окремих слідчих (розшукових) дій, заходів забезпечення кримінального провадження тощо органом, до компетенції якого згідно із процесуальним законодавством не віднесено його здійснення, порушує загальні засади законності здійснення кримінального провадження, закріплені у ст. 9 Кримінального процесуального кодексу України (КПК), та унеможлиблює виконання завдань кримінального провадження, визначених у ст. 2 КПК».

Справи, які розслідуються із порушенням підслідності і зараз знаходяться на розгляді в судах

Наслідок для захисту – можливість визнання доказів, отриманих некомпетентним органом, недопустимими.

Ст. 364 Кримінального Кодексу

Зловживання владою або службовим становищем

1. Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, -

карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, із штрафом від двохсот п'ятдесяти до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, -

карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, зі штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Ст. 364 Кримінального Кодексу

Примітка

1. Службовими особами у статтях 364, 368, 368-2, 369 цього Кодексу є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Для цілей статей 364, 368, 368-2, 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Ст. 364 Кримінального Кодексу

Примітка

2. Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), а також іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів.

3. Істотною шкодою у статтях 364, 364-1, 365, 365-2, 367 вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

4. Тяжкими наслідками у статтях 364-367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21 лютого 2014 року було

внесено зміни до диспозиції ч. 1 ст. 364 КК України,

зокрема в частині зміни мотиву вчинення злочину.

ПОПЕРЕДНЯ РЕДАКЦІЯ

Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, **з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб** використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

ДІЮЧА РЕДАКЦІЯ

Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, **з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи** використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

**Внесені зміни до диспозиції ч.
1 ст. 364 КК України**

ДІЮЧА РЕДАКЦІЯ

- передбачає скасування такої оціночної категорії як «корисливий мотив» та «інші особисті інтереси».
- запроваджується чітке визначення корисливого мотиву, а саме одержання неправомірної вигоди.

Бенефіціаром таких вигод може бути:

- а) особа, яка вчинила злочин;
- б) будь-яка фізична особа;
- в) будь-яка юридична особа.

Декриміналізація ст. ст. 364, 365 КК України призвела до перегляду ВСУ вироку та закриття провадження на підставі відсутності в діях засудженого складу злочину за цими статтями (ВСУ від 27 жовтня 2016р. **у справі № 5-99кс16**)

Фабула судового акту: *Стаття 364 КК України – «зловживання владою або службовим становищем» та стаття 365 КК України – «перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу» - частково декриміналізовані.*

Внесення змін на підставі Закону від 13.05.2014 № 1261-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» до пункту 3 примітки до статті 364 Кримінального кодексу України, який застосовується і для визначення складів злочинів, передбачених статтями 364, 365 КК, змінило поняття «істотної шкоди» як ознаки складу цих злочинів, що призвело до їх часткової декриміналізації.

Верховним судом України переглянуто вироки судів першої та апеляційної інстанції та ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо осіб, засуджених за вчинення злочинів у сфері службової діяльності (зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою).


За наслідками перегляду Верховний Суд України скасував судові рішення в частині засудження осіб за частиною першою статті 364 КК (зловживання владою або службовим становищем), за частиною першою статті 365 КК (перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу) і справу провадженням закрив за відсутністю в діях осіб складу злочину, передбаченого цими статтями (постанова від 27.10.2016 у справі № 5-99кс16).

ВСУ встановлено неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої Законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень та роз'яснено, що з набранням чинності Законом № 1261-VII виклад пункту 3 примітки статті 364 КК зазнав змін, оскільки законодавець уже не використовує у нормативних визначеннях ознаки «істотна шкода» сполучник «якщо» і тому чинна редакція цього положення охоплює майнову шкоду, яка досягла розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Ст. 364 Кримінального Кодексу

За конкретних обставин справи, наслідки нематеріального характеру, які піддаються грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягли встановленого розміру із заподіянням шкоди охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина можуть бути із:

- спричинення фізичної шкоди - витрати на лікування чи протезування потерпілої особи;*
- порушення законних прав та інтересів громадян - витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення, компенсацію шкоди від поширення відомостей, які ганьблять особу тощо);*
- політичної шкоди (витрати на проведення нових виборів та заходів антитерористичного характеру тощо);*
- організаційної шкоди (витрати на відновлення роботи установи).*

 У вирокі має бути чітко встановлено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового злочину стало причиною відповідних наслідків. Обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено та не викликати сумніву.

Ст. 364 Кримінального Кодексу

Суб'єкт
злочину

службова особа

Суб'єктивна
сторона

вина у формі умислу щодо використання службовою особою влади або службового становища всупереч інтересам служби

Обов'язкова
ознака
суб'єктивної
сторони

мотиви(корисливий, інша особиста заінтересованість винної особи чи її бажанням задовольнити якісь інтереси третіх осіб).

Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України)

- не посягає на власність
- службове становище є способом вчинення злочину
- є закінченим з моменту завдання охоронюваним законом правам, свободам та інтересам громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб істотної шкоди, тобто шкоди, яка в 100 і більше разів перевищує н.м.д.г.
- корисливий мотив, спрямований на протиправне збагачення

Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч. 2 ст. 191 КК України)

- посягає на власність
- службове становище не є способом вчинення злочину
- завдання шкоди на таку суму не є обов'язковим.
- спеціальна мета – одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи

Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України)

- особа діє в межах її повноважень, визначених законом, але використовує їх усупереч інтересам служби
- вчинене як шляхом дії, так і бездіяльності
- суб'єкт - службова особа, про яку йдеться у примітці до ст. 364 КК України
- мета - одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи
- не може супроводжуватися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів

Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365 КК України)

- особа виходить за межі наданих йому прав чи повноважень, діє у незаконний спосіб, незаконними методами
- вчинене тільки в активних діях
- суб'єкт - виключно працівник правоохоронного органу
- така мета не є обов'язковою ознакою
- може супроводжуватися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів

ВСУ: Зловживання службовим становищем має місце навіть у випадках, коли службова особа використала авторитет своєї посади (№ 5-25кс11 від 12.12.2011)

Фабула судового акту: У даній справі працівник органів прокуратури, який обіймав посаду у відділі нагляду за додержанням законів органами внутрішніх справ при провадженні дізнання та досудового слідства та, у подальшому, помічника прокурора міста переконав свого знайомого підприємця, який був власником автомобільної стоянки про свої можливості як прокурора та пообіцяв впливати на діяльність органів державного контролю з метою сприяння у здійсненні підприємницької діяльності.

Вироком суду першої інстанції працівника органу прокуратури було засуджено за ч. 3 ст. 364, ч. 3 ст. 190 та ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК України.

Ухвалою апеляційного суду вирок залишено без зміни. В свою чергу ВССУ децю змінив вирок та перекваліфікував дії засудженого за одним з епізодів ч. 3 ст. 190 на ч. 2 ст. 15 та ч. 3 ст. 190 КК України.

У подальшому засуджений звернувся до ВСУ із заявою про перегляд вказаних рішень мотивуючи це тим, що у судових рішеннях щодо нього не встановлено вчинення ним діяння у межах повноважень, наданих йому за посадою чи у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, або яке було обумовлено його службовим становищем і пов'язане зі здійсненням безпосередніх службових обов'язків, та не встановлено, які конкретно надані повноваження за посадою використані ним всупереч інтересам служби. А тому його дії слід було кваліфікувати за ч. 1 ст. 353 КК України.

В свою чергу ВСУ відмовляючи у задоволенні вказаної заяви зазначив, що зловживання службовим становищем є використання службових повноважень, пов'язаних зі здійсненням повноважень, якими службова особа наділена займаною посадою, всупереч інтересам служби. Разом із тим зловживання службовим становищем має місце не лише при вчиненні службовою особою діяння в межах своєї компетенції, тобто діяння, пов'язаного з власними повноваженнями, але й у випадках, коли службова особа використала авторитет своєї посади й мала можливість у силу свого службового становища давати вказівки, рекомендації підпорядкованим організаціям й контролювати їх.

За обставин, встановлених судами у справі щодо засудженого, потерпілі мали підстави побоюватися можливості вчинення щодо них відповідних шкідливих дій працівником правоохоронного органу, сприймали засудженого як працівника прокуратури й вимушено виконували ті незаконні дії, які вимагав засуджений.

Перекваліфікація

ПОСТАНОВА ВСУ від 7 лютого 2013 року м.Київ №5-27кС12

При кримінально-правовій оцінці діянь, які одночасно посягають і на власність і на належний порядок здійснення службової діяльності, слід виходити передусім із головного об'єкта конкретного посягання, визначившись із метою, мотивом злочинного діяння, спрямуванням основних зусиль винного та врахувавши законодавчо встановлені ознаки відповідних злочинів. При цьому, якщо зловживання службовою особою своїм службовим становищем виступає способом заволодіння майном підприємства, при якому винний незаконно вилучає його з наявних фондів та безоплатно привласнює, використовуючи своє службове становище як спосіб такого заволодіння, то має місце спеціальний склад службового зловживання, який належить кваліфікувати за ст.191 КК.

Якщо ж службове зловживання не супроводжується заволодінням майном, не пов'язане з протиправним вилученням та безоплатним обертанням майна у свою власність, а призвело до здобуття іншої вигоди (корисливий мотив або інші особисті інтереси), яка не входить до складу об'єкта посягання, то має місце склад злочину, передбачений ст.364 КК.

ФАБУЛА ЗА СТ. 364 КК УКРАЇНИ

Насіров Р.М. підозрюється у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 364, ч. 1 ст. 366 КК України, а саме у зловживанні владою та службовим становищем, тобто умисному, з метою одержання неправомірної вигоди для інших фізичних та юридичних осіб, використанні службовою особою влади та службового становища всупереч інтересам служби, що спричинило тяжкі наслідки та у службовому підробленні, а саме у складанні та видачі службовою особою неправдивих офіційних документів, при викладених у повідомленні про підозру обставинах.

Обіймаючи з 05.05.2015 року посаду Голови ДФС України - центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, уповноваженого здійснювати адміністрування податків і зборів, контроль за дотриманням податкового законодавства, організувати роботу і здійснювати контроль за проведенням роботи з відстрочення грошових зобов'язань та/або податкового боргу, приймати рішення про розстрочення та відстрочення грошових зобов'язань або податкового боргу, постійно здійснював функції представника влади, а також, забезпечуючи на вказаній посаді керівництво діяльністю ДФС України, обіймав постійно в органі державної влади посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків (функцій), тобто, в силу п.1 примітки до ст. 364 КК України є службовою особою - суб'єктом злочину, передбаченого диспозицією зазначеної статті (зловживання владою та службовим становищем).

Обвинувальний акт передано до Шевченківського районного суду міста Києва.

Стаття 368

Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою

1. *Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою 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 -*

карається штрафом від однієї тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк від двох до чотирьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. *Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода у значному розмірі, - карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.*

Стаття 368

3. Діяння, передбачене частиною першою або другою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода у великому розмірі або вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно, або поєднане з вимаганням неправомірної вигоди, - карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

4. Діяння, передбачене частинами першою, другою або третьою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода в особливо великому розмірі, або вчинене службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, - карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна.

Примітка. 1. Неправомірною вигодою в значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, у великому розмірі - така, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, в особливо великому розмірі - така, що у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

2. Службовими особами, які займають відповідальне становище, у статтях 368, 368-2, 369 та 382 цього Кодексу є особи, зазначені у пункті 1 примітки до статті 364 цього Кодексу, посади яких згідно із статтею 6 Закону України "Про державну службу" належать до категорії "Б", судді, прокурори і слідчі, а також інші, крім зазначених у пункті 3 примітки до цієї статті, керівники і заступники керівників органів державної влади.

Стаття 368

3. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, у статтях 368, 368-2, 369 та 382 цього Кодексу є:

1) Президент України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України, перші заступники та заступники міністрів, члени Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Голова Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Голова Фонду державного майна України, його перший заступник та заступники, члени Центральної виборчої комісії, народні депутати України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Директор Національного антикорупційного бюро України.

2) особи, посади яких згідно із статтею 6 Закону України "Про державну службу" належать до категорії "А";

3) особи, посади яких згідно із статтею 14 Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування" віднесені до першої та другої категорій посад в органах місцевого самоврядування

Стаття 368

Об'єкт злочину

суспільні відносини, що забезпечують правильну (належну) діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств, установ чи організацій, а також їх службових осіб, у частині їх непідкупності та фінансування виключно у порядку, встановленому законодавством.

Предмет злочину

неправомірна вигода

Об'єктивна сторона злочину

прийняття пропозиції неправомірної вигоди

прийняття обіцянки такої вигоди

одержання неправомірної вигоди

прохання надати таку вигоду

Суб'єкт злочину

службова особа

Стаття 368

Зайняття посади в органі влади ще недостатнє для визнання особи службовою; якщо вона не наділена владою і не використовувала службового становища, то вона не є суб'єктом злочину, передбаченого ст.368 КК (ВСУ у справі №5-109кс15, від 08.10.15)

Особу визнано винуватою в тому, що вона як головний спеціаліст - юрисконсульт відділу Держкомзему в м. Яремче 3 листопада 2011 року у своєму службовому кабінеті одержала 200 доларів США (1595,86 грн) хабара за виготовлення та видачу двох довідок: про перелік обмежень на земельну ділянку і наявні земельні сервітути. Апеляційний суд Івано-Франківської області ухвалою від 5 лютого 2014 року вирок щодо залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ ухвалою від 9 грудня 2014 року судові рішення також залишила без змін. Постановою Верховного Суду України від 08 жовтня 2015 року зазначену ухвалу ВССУ скасовано, а справу направлено на новий касаційний розгляд.

У своїй постанові у цій справі Верховний Суд України зробив такі правові висновки:

- 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. Для визнання особи службовою необхідно встановити, що вона займає певну посаду, користується правами і наділена обов'язками у зв'язку з тим, що покликана діяти в інтересах певних соціальних груп;*

Стаття 368

- *головний спеціаліст-юрисконсульт відділу Держкомзему в м. Яремче Івано-Франківської області ОСОБА_1 займала посаду в органах державної влади і цією (посадовою) ознакою службової особи вона була наділена.*
- *Однак зайняття посади в органі державної влади ще недостатнє для визнання особи службовою. Статус службової особи в законодавстві і теорії кримінального права пов'язується з виконанням однієї з трьох функцій - представника влади, головний спеціаліст з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему не мав статусу представника влади, при підготовці та видачі довідок не виконував організаційно-розпорядчих функцій та адміністративно-господарських обов'язків.*

Колегія суддів, вивчивши правові висновки Верховного Суду України, викладені у постанові № 5-109кс15, та проаналізувавши матеріали кримінальної справи щодо ОСОБА_1, дійшла висновку про те, що засуджена не була наділена владою і не використовувала службового становища, тобто вона не є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК України.

За таких обставин, колегія суддів рішення судів першої та апеляційної інстанцій скасувала, а кримінальну справу закрила за відсутністю в її діянні інкримінованого складу злочину (справа № 5-2672км15, ухвала від 24 лютого 2016 року).

Якщо хабародавець зацікавлений у незаконній поведінці службової особи, прагне обійти закон, то вимагання хабаря виключається (ВСУ від 21 січня 2016р. у справі №5-124 кс15)

Верховний Суд України змінив всі судові рішення щодо осіб (голова Бериславської районної державної адміністрації Херсонської області та син останнього), які були засуджені за отримання хабаря в особливо великому розмірі у сумі 6 927 500 грн. (850 000 доларів США) за надання хабародавцю та 11-ти особам, від імені яких той діяв, дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельних ділянок у власність для ведення особистого селянського господарства, затвердження проекту землеустрою та передачу у власність земельних ділянок загальною площею 24 га із земель запасу Отрадокам'янської сільської ради та підписання державних актів на право власності на вказані земельні ділянки.

Зокрема, з Вироку Снігурівського районного суду Миколаївської області від 11 листопада 2013 року, ухвали Апеляційного суду Миколаївської області від 4 липня 2014 року та ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 березня 2015 року була **виключена кваліфікуюча ознака частини четвертої статті 368 КК (в редакції 07.04.2011 року) одержання хабаря – «поєднаного з вимаганням хабара».**

Якщо хабародавець зацікавлений у незаконній поведінці службової особи, прагне обійти закон, то вимагання хабаря виключається (ВСУ від 21 січня 2016р. у справі №5-124 кс15)

Приймаючи таке рішення, ВСУ виходив з того, що вказана службова особа використовуючи свої службові повноваження, домогалась хабаря за вчинення по суті протиправних дій з виділення земельної ділянки у власність хабародавця не для сільськогосподарського використання, а останній, даючи хабар, усвідомлював це і був зацікавлений у такій неправомірній поведінці службової особи, та, не маючи наперед визначених законом підстав для отримання у власність 24 га землі для ведення туристичного бізнесу, прагнув обійти закон, домогтися свого незаконного інтересу, в тому числі і шляхом одержання переваги в отриманні земельної ділянки у власність для здійснення підприємницької діяльності.

З огляду на зазначене ВСУ дійшов висновку, що законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом давання хабаря, має бути однією із основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну цього, у разі якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання хабаря виключається.

ВСУ: Відповідальність за хабар настає у випадку, якщо отримувач хабаря розуміє значущість займаної нею посади, її СТАТУСНІСТЬ та можливості (ВСУ у справі № 5-20кс14 від 13.11.2014)

Фабула судового акту: Диспозиція статті 368 КК України у першій редакції КК 2001 року передбачала покарання за одержання службовою особою в будь-якому вигляді хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії **з використанням наданої їй влади чи службового становища.**

У подальшому Пленум Верховного Суду України у п. 2 своєї постанови від 26.04.2002 № 5 "Про судову практику у справах про хабарництво" надав роз'яснення щодо вірного застосування вказаної норми закону та зауважив, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які **вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.**

У 2013 році в рамках посилення боротьби із корупційними злочинами Кримінальний кодекс законодавцем було доповнено ст. 369-2, яка передбачає покарання за зловживання випловом тобто за одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи **за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.**

Тобто фактично законодавець виділів у окремий склад злочину саме отримання незаконної винагороди за вчинення дій які винна особа не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

ВСУ: Відповідальність за хабар настає у випадку, якщо отримувач хабаря розуміє значущість займаної нею посади, її СТАТУСНІСТЬ та можливості (ВСУ у справі № 5-20кс14 від 13.11.2014)

Ось і в даному судовому рішенні ВСУ висловився щодо кваліфікації злочину, який вчинено за зазначених вище умов.

Так, за вироком суду міського голову визнано винуватим у тому, що він одержав від хабародавця 20 000 доларів США хабара за передачу в інтересах останнього у власність нежитлового приміщення, хоча вирішення такого питання є компетенцією міськради.

ВСУ в своїй постанові зауважив, що диспозиція ст. 368 КК передбачає, що кримінальна відповідальність за порушення заборони отримання хабара службовій особі настає у тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі, зокрема голові міської ради, усвідомлює, що дає його саме такій особі й у зв'язку із можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості; ураховується також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мета, яку переслідує останній, та його переконаність в тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач.

Стаття 369

Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі

1. Пропозиція чи обіцянка службовій особі надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища - караються штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк.

2. Діяння, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені повторно, -

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років із штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, з конфіскацією майна або без такої.

3. Діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає відповідальне становище, або вчинені за попередньою змовою групою осіб, -

караються позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років з конфіскацією майна або без такої.

4. Діяння, передбачені частиною першою, другою або третьою цієї статті, якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, або вчинені організованою групою осіб чи її учасником, -

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої.

Стаття 369

Об'єкт та предмет злочину

прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою

Об'єктивна сторона злочину

пропозиція надати неправомірну вигоду

обіцянка надати неправомірну вигоду

надання такої вигоди за вчинення чи невчинення службовою особою 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

Суб'єкт злочину

фізична, осудна особа, яка досягла віку 16 років

Отримання грошей нібито для передачі як хабар, без наміру їх передавати кваліфікуються як шахрайство та підбурювання на дачу хабара (ВССУ у справі № 296/8511/13-к, від 07.02.2017 р.)

Особа, будучи адвокатом, 02 липня 2013 року уклав з клієнтами договори на надання послуг захисника у кримінальному провадженні щодо цих осіб. У подальшому з метою заволодіння чужим майном шляхом зловживання довірою схилив останніх до надання йому грошей для подальшої їх передачі як неправомірної вигоди слідчому. Клієнти, будучи переконаними у тому, що цей адвокат як представник їх інтересів у кримінальному провадженні зможе вирішити питання щодо зменшення обсягу обвинувачення, довіряючи йому, погодилися на вказану пропозицію. Реалізуючи свій умисел, 09 липня 2013 року він отримав від цих осіб 1500 дол. США. Згодом 16 липня цього ж року він отримав ще 11 300 грн також нібито для передачі слідчому в якості неправомірної вигоди.

Відповідно до встановлених фактичних обставин справи особу обґрунтовано визнано винним і засуджено за ч. 2 ст. 15 і ч. 2 ст. 190 КК, а також за ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15 і ч. 4 ст. 369 цього Кодексу.

Якщо винний отримує від іншої особи гроші нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене належить розцінювати як шахрайство і кваліфікувати за відповідною частиною ст. 190 КК. Однак якщо при цьому винний сам схилив хабародавця до передачі йому цінностей, його дії належить також кваліфікувати як підбурювання до закінченого замаху на дачу хабара, тобто ще за ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15 і відповідною частиною ст. 369 КК.

Стаття 369

КК передбачає спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду службовій особі, якщо після пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди або її надання вона добровільно заявила про це до органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, до отриманням інформації про цей злочин з інших джерел (ч. 5 ст. 354 КК).

Одержання ж службовою особою неправомірної вигоди від особи, яка діє з метою її викриття, є закінченим злочину і кваліфікується залежно від обставин за відповідною частиною ст. 368 КК.

Ухвала ВССУ від 1 листопада 2016 року

Органами досудового розслідування ОСОБА_5 обвинувачувався у підбурюванні до надання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає відповідальне становище, за вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, будь-якої дії з використанням наданої їй влади та службового становища, за таких обставин. Вказані дії ОСОБА_5 стороною обвинувачення було кваліфіковано за ч. 4 ст. 27, ч. 4 ст. 369 КК України.

У період з 4 по 9 вересня 2013 року адвокат ОСОБА_5 схилив та зобов'язав ОСОБА_6 передати йому неправомірну вигоду на суму 5500 доларів США для передачі службовим особам СВ Рахівського РВ УМВС України в Закарпатській області за непритягнення його сина - ОСОБА_8 до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 307 КК України.

9 вересня 2013 року, о 18 годині у кафе-барі "У Алли", що знаходиться по вул. Карпатській у м. Рахові ОСОБА_5 був затриманий при передачі йому ОСОБА_6 грошей на суму 5500 доларів США для подальшої передачі службовим особам СВ Рахівського РВУ МВС України у Закарпатській області.

За встановлених місцевим судом фактичних обставин кримінального провадження, а також виходячи з досліджених в судовому засіданні доказів, суд прийшов до правильного висновку про недоведеність вчинення ОСОБА_5 інкримінованого йому злочину пославшись на те, що стороною обвинувачення не надано доказів про спільну участь декількох осіб (суб'єктів злочину) у вчиненні умисного злочину, як того вимагає ст. 27 КК України.

Так, як встановлено судом, ОСОБА_5 протягом усього кримінального провадження свою вину не визнавав. Стверджував, що в розмовах з ОСОБА_6 виразився нечітко, внаслідок чого той не зрозумів, що сума, про яку йшлося у їх розмовах, становитиме розмір його гонорару. Жодними діями чи словами до надання неправомірної вигоди працівникам правоохоронних органів його не підбурював.

Ухвала ВССУ від 1 листопада 2016 року

Із досліджених у ході судового слідства аудіо і відеозаписів розмов та зустрічей ОСОБА_5 та ОСОБА_6 убачається, що при зустрічах і розмовах останніх жодних бесід про неправомірну вигоду чи натяків на таку не прослуховувалось і будь-яких обіцянок у сприянні ОСОБА_8 уникнути кримінальної відповідальності не надавалося. А сам ОСОБА_6 неодноразово в розмовах наголошував про необхідність дати комусь грошей, провокував ОСОБА_5 обумовити певну суму.

Не доведено стороною обвинувачення і об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 369 КК України, а саме не встановлено і не доведено, котрій саме особі ОСОБА_5 підбурював ОСОБА_6 дати неправомірну вигоду.

В результаті виправдувальний вирок суду залишено без змін

Тактика захисту на досудовому слідстві

Варіант 1

Дії адвоката:

- оскарження дій слідчого/прокурора, ухвал слідчого судді
- робота зі свідками
- проведення паралельних експертиз, отримання висновків спеціалістів
- початок похідних процесів (використання встановлених судами цивільної, господарської, адміністративної юрисдикцій обставин в судових рішеннях)

№ 42017000000001150 від 12.04.2017 року, щодо вчинення детективами НАБУ та прокурорами САП, іншими невстановленими на даний час особами, відносно потерпілого Насірова Р.М. низки кримінальних правопорушень, передбачених ч.1 ст. 365, ч.1 ст.135, ч.1 ст.146, ч.1 ст.372, ч.1 ст.372 КК України.

У «бурштиновій справі» – справа 826/12608/17 за позовом Народного депутата України (посвідчення №267) Розенблата Борислава Соломоновича до 1. Національного антикорупційного бюро України, 2. Спеціалізованої антикорупційної прокуратури України про визнання дій протиправними в рамках кримінального провадження №42016000000003712

- визнання доказів недопустимими (справа ректора Мельника П.В.)
- закриття кримінального провадження (відсутність в діях особи складу злочину).

ФАБУЛА ЗА СТ. 369

Голова Кіровського районного суду м. Дніпропетровська знаходячись на особистому прийомі у заступника Генерального прокурора - керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури в адміністративному приміщенні Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, що розташована за адресою: м. Київ, вул. Ісаакяна, 17, розуміючи, що останній є особою, яка займає особливо відповідальне становище, запропонував надати йому неправомірну вигоду за вчинення ним в інтересах підозрюваної, яка працювала на посаді судді Кіровського районного суду м. Дніпропетровська, дій з використанням наданої йому влади з метою уникнення, а за неможливості пом'якшення, її відповідальності.

Після передачі грошових коштів ОСОБА_1 та ОСОБА_4 були затримані працівниками Генеральної прокуратури України. Суддям повідомлено про підозру: надання неправомірної вигоди за попередньою змовою групою осіб службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, тобто у вчиненні кримінального правопорушення (злочину), передбаченого ч. 4 ст. 369 КК України.

ФАБУЛА «БУРШТИНОВА СПРАВА»

Національним антикорупційним бюро України здійснюється досудове розслідування у кримінальному провадженні №42016000000003712 від 28.11.2016 року за підозрою ОСОБА_7, ОСОБА_8, ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 28 ч. 2 ст. 369-2 КК України; ОСОБА_9 за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 5 ст. 27 ч. 4 ст. 368 КК України, за підозрою ОСОБА_3 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК України; та за підозрою ОСОБА_10 у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 4 ст. 368, ч. 2 ст. 369-2 КК України.

У листопаді 2016 року народні депутати України VIII скликання ОСОБА_10 та ОСОБА_3, діючи за попередньою змовою з помічником-консультантом народного депутата України ОСОБА_3 ОСОБА_9, одержали для себе від представника юридичної особи, зацікавленої у видобутку бурштину на території України неправомірну вигоду у сумі 15 000 доларів США (що відповідно до офіційного курсу НБУ станом на 17.11.2017 становило 395 182,20 грн.) за вчинення в інтересах того, хто надав неправомірну вигоду, дій з використанням наданої їм влади,

спрямованих на урегулювання процедури видобутку бурштину на території України, а саме реалізацію ними права законодавчої ініціативи з метою внесення правок до проекту Закону України «Про видобування та реалізацію бурштину» № 1351-1 від 26.12.2014, а також за використання ОСОБА_10 та ОСОБА_3 свого права законодавчої ініціативи шляхом внесення до Верховної Ради України проекту Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо особливостей оподаткування діяльності, пов'язаної із видобуванням бурштину)» № 5436 від 22.11.2016 та проекту Закону України «Про внесення змін до Митного кодексу України (щодо звільнення від оподаткування операцій із ввезення на територію України обладнання для промислового видобутку бурштину)» № 5437 від 22.11.2016 року.

ФАБУЛА «БУРШТИНОВА СПРАВА»

З використанням допомоги ОСОБА_11, не обізнаного про його злочинний умисел, 24.02.2017 р. народний депутат України ОСОБА_10 одержав для себе від представника юридичної особи, зацікавленої у видобутку бурштину на території України неправомірну вигоду у сумі 10 000 доларів США (що відповідно до офіційного курсу НБУ станом на 24.02.2017 становило 269 063 грн.) за вплив на прийняття посадовими особами Державного агентства лісових ресурсів України наказу про затвердження переліку земель лісогосподарського призначення, у межах яких є частини, порушені внаслідок незаконного видобування бурштину і потребують рекультивації, який мав бути виданий на виконання п. 3 Порядку реалізації пілотного проекту рекультивації земель лісогосподарського призначення, порушених внаслідок незаконного видобування бурштину, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 30.11.2016 № 1063 (надалі за текстом - Порядок).

14.03.2017 року ОСОБА_10 з використанням допомоги ОСОБА_11, не обізнаного про його злочинний умисел, одержав для себе від представника юридичної особи, зацікавленої у видобутку бурштину на території України неправомірну вигоду у сумі 20 000 доларів США (що відповідно до офіційного курсу НБУ станом на 14.03.2017 становило 537 892 грн.) за вплив на прийняття рішень посадовими особами Держгеокадастру, пов'язаних із визначенням координат та наданням погоджень на відведення земель лісогосподарського призначення, у межах яких є частини, порушені внаслідок незаконного видобування бурштину і потребують рекультивації, а також за вплив на прийняття рішень особами, уповноваженими на виконання функцій держави - представників судової гілки влади та правоохоронних органів з метою скасування спеціальних дозволів на користування надрами, виданих юридичним особам на території Житомирської області.

ФАБУЛА «БУРШТИНОВА СПРАВА»

20.03.2017 року, 21.04.2017 року та 17.05.2017 року ОСОБА_10 з використанням допомоги ОСОБА_11 та ОСОБА_12, не обізнаних про його злочинний умисел, одержав для себе від представника юридичної особи, зацікавленої у видобутку бурштину на території України неправомірну вигоду на загальну суму 55 000 доларів США (що відповідно до офіційного курсу НБУ станом на відповідні дати становило загалом 1 467 671,80 грн.) за вплив на прийняття рішень посадовими особами органів прокуратури та суду, спрямованих на скасування спеціальних дозволів на користування надрами, виданих ТОВ «Райт Солюшн», ТОВ «Амбер Холдинг», ТОВ «Компанія «Надра Галичини» на земельні ділянки на території Житомирської області.

19.06.2017 року ОСОБА_10 із використанням допомоги ОСОБА_12, не обізнаного про його злочинний умисел, одержав неправомірну вигоду від ОСОБА_14 для себе та третіх осіб в сумі 200 тис. дол. США (відповідно до офіційного курсу Національного банку України станом на відповідні дати еквівалент 5 204 380 грн.), за вплив на прийняття рішень особами, уповноваженими на виконання функцій держави - посадовими особами Державної служби геології та надр України та органів місцевого самоврядування, спрямованих на видачу спеціальних дозволів на користування надрами та відповідних погоджень для ТОВ «Укртехдобич».

Тактика захисту на досудовому слідстві

Угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо:

кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів;

особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України;

особливо тяжких злочинів, вчинених за попередньою змовою групою осіб, організованою групою чи злочинною організацією за умови викриття підозрюваним, який не є організатором такої групи або організації, злочинних дій інших учасників групи чи інших, вчинених групою або організацією злочинів, якщо повідомлена інформація буде підтверджена доказами.

Тактика захисту повернення обвинувального акту

Варіант № 2

Відповідно до ч.2 ст. 291 КПК, обвинувальний акт має містити відомості про:

- найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер;
- анкетні відомості кожного обвинуваченого (прізвище, ім'я, по батькові, дата та місце народження, місце проживання, громадянство);
- анкетні відомості кожного потерпілого (прізвище, ім'я, по батькові, дата та місце народження, місце проживання, громадянство);
- прізвище, ім'я, по батькові та займана посада слідчого, прокурора;
- виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення;
- обставини, які обтяжують чи пом'якшують покарання;
- розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням;
- розмір витрат на залучення експерта (у разі проведення експертизи під час досудового розслідування);
- дату та місце його складення та затвердження.

ТИПОВІ ПОМИЛКИ

1. Не вірно або не повно зазначено анкетні дані обвинуваченого:

А) Ухвала Деснянського районного суду м. Чернігова по справі 750/11090/16-к

«За вказаною в обвинувальному акті адресою, а саме: АДРЕСА_2, ОСОБА_3 не проживає, а прокурором, не дивлячись на відкладення підготовчого судового засідання, явка обвинуваченого у судові засідання не забезпечена, тому суд фактично позбавлений можливості викликати його до суду. Таким чином, в обвинувальному акті не вказано фактичне місце проживання обвинуваченого, що є обов'язковим відповідно до п.2 ч.2 ст.291 КПК України.»

ТИПОВІ ПОМИЛКИ

Б) Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва по справі 761/401/17

«Судом вживалися заходи забезпечення кримінального провадження, ухвалами суду оголошувався привід ОСОБА_1 в судове засідання. Проте відповідно до даних, які надійшли за результатами приводу, здійснити привід неможливо, оскільки ОСОБА_1 не проживає за адресою: АДРЕСА_2.

Таким чином, відсутність в обвинувальному акті фактичних відомостей про місце проживання, перебування ОСОБА_1, його наміри проживати за конкретною адресою під час судового розгляду, неповідомлення цих даних в підготовчому судовому засіданні прокурором всупереч вимогам п.3 ч.2 ст. 291 КПК України позбавляє суд можливості вжити заходи для здійснення судового виклику обвинуваченого.»

В) Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва по справі 761/4089/16-к

«В той же час, як встановлено в судовому засіданні, за адресою, яка зазначена в обвинувальному акті (АДРЕСА_1) ОСОБА_1 не проживає, про що свідчать рапорти співробітників ОВС, подані ними за наслідками виконання ухвал суду про привід обвинуваченої від 10.03.16, 31.03.16, 21.04.16, 17.08.16, 28.09.16 та долученими до матеріалів судового провадження».

Г) Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва по справі 761/15037/17

«Проте як убачається зі змісту обвинувального акту, адреса проживання, перебування обвинуваченого ОСОБА_2 не вказана, натомість зазначено про те, що особа не має постійного місця проживання. Судовим викликом, засобами зв'язку здійснити повідомлення обвинуваченого про розгляд справи не видається за можливе.»

2. Не вірне формулювання процесуального статусу сторін:

А) Ухвала Васильківського міськрайонного суду Київської області по справі 362/4044/17

«Проте, як вбачається з обвинувального акту, у ньому викладені фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчинення якого ОСОБА_3 підозрюється». Отже, з моменту коли особа отримала обвинувальний акт, апріорі вже не може мати статус підозрюваного.

Б) Ухвала Святошинського районного суду міста Києва по справі 1-кп/759/5/17

«Також в реєстрі досудових розслідувань вказано, що 30.09.2014 проведена процесуальна дія як повідомлення про зміну підозри ОСОБА_2, а обвинувальний акт складено 29.09.2014, що є явним протиріччям, оскільки обвинувальний акт складається після вручення повідомлення про підозру чи зміну підозри у вчиненні кримінального правопорушення».

3. Процесуальні порушення під час вручення обвинувального акту

А) Ухвала Печерського районного суду м. Києва по справі 757/31400/16-к

«Відповідно до вимог ст. 293 КПК України водночас з переданням обвинувального акта до суду прокурор зобов'язаний під розписку надати його копію та копію реєстру матеріалів досудового розслідування підозрюваному та його захиснику. Разом з тим, в порушення вказаних вимог до обвинувального акту не додано розписки про отримання обвинувального акту та реєстру матеріалів досудового розслідування як ОСОБОЮ_2 так і її захисником. Будь-які інші данні, в тому числі і рапорт слідчого про неможливість вручення останнім вказаних процесуальних документів чинним Кримінально-процесуальним законом не передбачено. Окремо необхідно звернути увагу на те, що вручення копії обвинувального акту та копії реєстру матеріалів досудового розслідування підозрюваному та його захиснику закон зобов'язує прокурора, а не слідчого у кримінальному провадженні».

3. Процесуальні порушення під час вручення обвинувального акту

Б) Ухвала Святошинського районного суду м. Києва по справі 1-кп/759/559/17

«Захисник, яку підтримав обвинувачений, заявила клопотання про повернення обвинувального акту прокурору, оскільки останній не відповідає вимогам закону. Своє клопотання захист мотивувала тим, що їй не були вручені під розписку у встановленому законом порядку копія обвинувального акту та додатків до нього, досудове розслідування є неповним, порушено права на захист обвинуваченого».

В) Ухвала Печерського районного суду м. Києва по справі 757/44443/17-к

Окрім того, вручений обвинуваченій ОСОБА_3 та захиснику обвинувальний акт не скріплений печаткою, що є порушенням вимог до реквізитів офіційного документу. Згідно з ч.1 ст. 293 КПК України одночасно з переданням обвинувального акту до суду прокурор зобов'язаний під розписку надати його копію та копію реєстру матеріалів досудового розслідування підозрюваному та його захиснику.

Разом з тим, в порушення вказаних вище вимог закону обвинувальний акт та реєстр матеріалів досудового розслідування обвинуваченій та її захиснику вручений начальником відділення СВ Печерського УП ГУНП в м. Києві.

Обвинувальний акт повинен вручатися виключно прокурором, а не слідчим чи іншою не уповноваженою особою.

4. Щодо порушень конкретизації злочину та типові помилки:

А) Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва по справі 761/18229/17

Як вбачається з даного обвинувального акту, останній не містить даних про час вчинення кримінального правопорушення, у якому обвинувачуються ОСОБА_3 та ОСОБА_4. В ньому відсутні відомості щодо приблизної або конкретної дати вчинення кримінального правопорушення.

Б) Ухвала Оболонського районного суду м. Києва по справі 756/6938/17

Однак, поданий обвинувальний акт не містить ні формулювання обвинувачення, ні виклад фактичних обставин вчинення кримінального правопорушення ні правової кваліфікації. Обставини вчинення ОСОБА_2 кримінальних правопорушень, викладене сумбурно, непослідовно, не конкретно, та незрозуміло, з розривом дій в часі, що є важким для сприйняття, що має суттєве значення для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні та впливають на кваліфікацію дій особи. В обвинувальному акті не зазначено конкретно місце скоєння кримінального правопорушення.

В) Ухвала Шевченківського районного суду міста Києва по справі 761/35609/17

Судом встановлено, що в обвинувальному акті не вказано, в чому саме полягає службова недбалість обвинуваченої, не викладено всі обставини вчинення кримінального правопорушення: узагальнюються обставини, що мають значення для кваліфікації дій, відсутні вказівки на вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Підводячи підсумки, слід зазначити, що обвинувальний акт має чітко та повно містити відомості передбачені ч.2 ст. 291 КПК. А тому, адвокати зобов'язані детально проаналізувати дане процесуальне рішення для того, щоб не допустити порушення прав та свобод людини, які можуть бути спричинені неухважністю та непрофесійністю слідчих та прокурорів.

**Ухвала Апеляційного суду міста Києва у
справі 753/2412/17 від 14 березня 2018 року**

“висунуте особі обвинувачення повинно бути зрозумілим як сторонам кримінального провадження, так і суду.

Проте, як вбачається з матеріалів кримінального провадження, направлений до суду обвинувальний акт відносно ОСОБА_5 та ОСОБА_4 вказаним вимогам не відповідає.

У відповідності до усталеної практики Верховного Суду України, у разі виділення матеріалів кримінального провадження стосовно інших співучасників кримінального правопорушення в окреме провадження, посилання в обвинуваченні на прізвища вказаних осіб є неприпустимим.

Як зазначено в обвинувальному акті, ОСОБА_4 та ОСОБА_5 інкримінується вчинення злочину у співучасті з головою правління АТ «Брокбізнесбанк» ОСОБА_10 та головою Наглядової ради АТ «Брокбізнесбанк» ОСОБА_11, які не є сторонами кримінального провадження у розумінні ст. 3 КПК України кримінального провадження № 42014000000001715 від 22.12.2014.

Вказавши в обвинувальному акті прізвища ОСОБА_10 та ОСОБА_11, як співучасників вчинення злочину наряду з ОСОБА_4 та ОСОБА_5, орган досудового розслідування мав би виконати з ними вимоги ст. 290 КПК України, висунути обвинувачення, а в обвинувальному акті зазначити їх повні анкетні дані.

За таких обставин при здійсненні судового розгляду кримінального провадження в межах поданого прокурором обвинувального акту, в якому зазначаються як співучасники скоєння кримінального правопорушення особи, щодо яких виділені матеріали досудового розслідування в окреме кримінальне провадження, не представляється за можливе реалізувати їх право на присутність в засіданні зокрема та право на захист загалом.

Тактика захисту повернення обвинувального акту

Варіант 3. Затягування розгляду справи

Коли обвинувальний акт переданий до суду:

- клопотання про проведення судових експертиз
- перекваліфікація інкримінованих кримінальних правопорушень (наприклад, з статті 368 КК України на ст. 190 КК України або ст. 364 КК України, з статті 191 КК України на ст. 367 КК України)
- передача справи іншому суду
- заявлення відводів

ДЯКУЮ ЗА УВАГУ!