

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК
фахівців у галузі кримінального права
на звернення адвоката Милостивої Ілони

19 лютого 2025 року

I. ВСТУПНА ЧАСТИНА

Керуючись статтями 20, 24 Закону України від 5 липня 2012 р. «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат Ілона Милостива звернулась з проханням надати науковий висновок фахівців у галузі кримінального права з питання, що потребує спеціальних знань і проведення наукового дослідження окремих положень чинного кримінального законодавства України і практики його застосування, а саме: ***чи можна вважати обґрунтованою кваліфікацію дій А. Коболева за ч. 5 ст. 191 Кримінального кодексу України (далі – КК)?***

Для підготовки наукового висновку надані копії таких документів:

- 1) обвинувальний акт у кримінальному провадженні за обвинуваченням Коболева Андрія Володимировича у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК, від 29 листопада 2023 року (далі – обвинувальний акт);
- 2) повідомлення про відкриття матеріалів кримінального провадження № 42018000000001782 стороні обвинувачення;
- 3) реєстр матеріалів досудового розслідування у кримінальному провадженні № 42018000000001782 від 24 липня 2018 року;
- 4) довідка щодо матеріалів справи.

Відомості про фахівців, які підготували науковий висновок.

Науковий висновок підготували:

Дудоров Олександр Олексійович – доктор юридичних наук зі спеціальності 12.00.08: кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право, професор, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений діяч науки і техніки України, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;

Задоя Костянтин Петрович – кандидат юридичних наук зі спеціальності 12.00.08: кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право, доцент, професор кафедри кримінально-правової політики

та кримінального права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді.

II. МОТИВУВАЛЬНА ЧАСТИНА

1. Для отримання аргументованої відповіді на питання про обґрунтованість кваліфікації дій А. Коболева за ч. 5 ст. 191 КК слід передусім встановити особливості кримінально-правової характеристики такого злочину проти власності, як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, а це передбачає звернення як до правозастосовних орієнтирів, так і до здобутків кримінально-правової науки.

Попередньо зауважимо також, що зазначена кримінально-правова кваліфікація дій обвинуваченого можлива у випадках:

а) безпосереднього вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах;

б) опосередкованого вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах.

2. Для відповіді на питання ***щодо можливості безпосереднього вчинення А. Коболевим інкримінованого йому кримінального правопорушення*** слід з'ясувати особливості природи заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як різновиду кримінально караного розкрадання чужого майна.

В обвинувальному акті справедливо зазначається, що на момент вчинення інкримінованих йому дій А. Коболев був службовою особою в розумінні ч. 3 ст. 18 КК. Однак це саме по собі автоматично не означає, що дії обвинуваченого, спрямовані на виплату йому премії у 2018 р., можна вважати проявом зловживання службовим становищем як способу заволодіння чужим майном.

У практиці Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) сформувалась загальною чітка і послідовна позиція, відповідно до якої, на відміну від привласнення і розтрата, предметом альтернативного їм заволодіння чужим майном шляхом службового зловживання виступає майно, яке не ввірене винному, не перебуває в його віданні, але яким службова особа може заволодіти, бо в силу займаної посади (службового становища) наділена повноваженнями щодо управління чи розпорядження

ним¹. Підкреслюється, що у цьому разі винний може заволодіти майном, щодо якого в силу своєї посади він наділений правомочністю управління чи розпорядження через інших осіб, тобто він має певні владні повноваження щодо впливу на осіб, яким це майно ввірене чи у віданні яких перебуває². ККС ВС наголошує на тому, що у випадку обвинувачення у заволодінні чужим майном шляхом зловживання службовим становищем має бути доведено, що обвинувачений мав або право оперативного управління цим майном, або владні повноваження, які давали йому можливість впливати на осіб, яким це майно ввірене чи у віданні яких перебуває³.

ККС ВС підкреслює, що: а) заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем характеризуються умисним, протиправним і безоплатним оберненням чужого майна на свою користь чи на користь іншої особи; б) зловживання службовим становищем як спосіб заволодіння чужим майном означає, що особа: порушує свої повноваження і використовує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції всупереч інтересам служби для незаконного безоплатного обернення чужого майна на свою користь або на користь інших осіб; незаконно дає вказівку матеріально відповідальній підлеглий особі про видачу майна; отримує майно за фіктивними документами тощо⁴.

Суголосні міркування знаходимо на сторінках юридичної літератури.

Так, П. Олійник додатковою ознакою предмета злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, називає те, що ним виступає майно, відносно якого службова особа має певні повноваження⁵. М. Мельник уточнює, що, на відміну від привласнення і розтрата, для заволодіння чужим майном шляхом зловживання службової особи своїм службовим становищем основною ознакою є не наявність чи відсутність у винного певної правомочності щодо майна, яке є предметом злочину, а використання для заволодіння чужим майном офіційно наданих йому за посадою службових повноважень. Через службове зловживання винний може заволодіти майном, щодо якого в силу

¹ Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 28 лютого 2019 р. у справі № 456/1181/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80181431>

² Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 14 вересня 2023 р. у справі № 503/700/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113560996>

³ Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 16 квітня 2024 р. у справі № 404/6810/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118558646>

⁴ Див., зокрема: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 10 жовтня 2024 р. у справі № 748/1359/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/122384635>; постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 5 грудня 2024 р. у справі № 464/3224/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123678737>

⁵ Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020. С. 107

свої посади він наділений правомочністю управління чи розпорядження через інших осіб, тобто винний має певні владні повноваження щодо впливу на осіб, яким це майно ввірено чи перебуває у їх віданні⁶.

Д. Калмиков і М. Хавронюк пишуть, що для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, слід встановити, що службова особа використовувала надані їй владні (зокрема організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські) повноваження для заволодіння чужим майном. При цьому алгоритм вчинення злочину виглядає таким чином: використання службовою особою наданих їй владних повноважень всупереч інтересам служби → заволодіння чужим майном⁷.

О. Цивінський конкретизує, що предметом заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем виступає майно, на яке поширюються повноваження винного через вплив на підпорядкованих працівників⁸. В. Навроцький звертає увагу на те, що, на відміну від привласнення і розтрата, щодо заволодіння майном у КК немає прямої вказівки, що винний повинен бути наділений спеціальними службовими повноваженнями відносно майна, яке звертається на його користь чи користь інших осіб, однак це випливає з іншої вказівки – на те, що посягання здійснюється шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Службове зловживання – це завжди вчинення тих дій, які винний в принципі може вчиняти, виходячи зі свого статусу, наявних повноважень. Отже, предмет доказування у кримінальних провадженнях за ч. 2 ст. 191 КК включає встановлення повноважень службової особи щодо майна, яке звертається на користь винного та інших осіб шляхом привласнення, розтрата чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем⁹.

Далі слід встановити порядок ухвалення рішення про преміювання у публічному акціонерному товаристві «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України» (далі – НАК), існуючий на момент вчинення інкримінованих обвинуваченому дій, і співвіднести останні з таким порядком.

⁶ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 600–601.

⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 164; Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Дакор, 2016. С. 173.

⁸ Цивінський О.І. Відповідальність за заволодіння чужим майном, вчинене службовою особою, за кримінальним правом України: дис. ... докт. філософії: 081 «Право». Львів, 2023. С. 214.

⁹ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 22.

Зі змісту обвинувального акта, а також інших документів слідує, що процес прийняття рішення про виплату премії голові правління НАК відзначався багатоетапністю і передбачав участь у ньому низки незалежних суб'єктів, а звернення з відповідним запитом з боку будь-якої особи до наглядової ради НАК у цьому процесі не було визначальним.

Так, згідно з ч. 1 ст. 52 Закону України «Про акціонерні товариства» до компетенції наглядової ради належить вирішення питань, передбачених цим Законом, статутом. До виключної компетенції наглядової ради належить затвердження умов контрактів, які укладатимуться з членами виконавчого органу, встановлення розміру їх винагороди (п. 9 ч. 2 ст. 52 згаданого Закону). Відповідно до його ст. 56 наглядова рада приймає рішення з питань, що належать до компетенції комітету з призначень і винагород, виключно на підставі і в межах пропозицій відповідного комітету.

За змістом Положення про преміювання та Положення про наглядову раду відповідне подання передавалось на розгляд засідання комітету з призначень та винагород, члени якого були уповноважені на власний розсуд (причому без участі голови правління НАК) приймати рішення як про погодження відповідного подання, так і про його відхилення¹⁰. Подання, рекомендоване до погодження комітетом з призначень та винагород, виносилось на окремий розгляд наглядової ради НАК, яка приймала самостійне рішення щодо встановлення відповідних премій.

Отже, встановлення розміру винагороди членам правління та голові правління НАК належало до виключних повноважень наглядової ради НАК, а надання рекомендацій щодо розміру винагороди здійснював комітет з призначень та винагород.

Постановка питання перед наглядовою радою НАК не тягнула за собою обов'язкового його погодження цим незалежним і колегіальним органом, наділеним відповідними повноваженнями і виключною компетенцією для прийняття таких рішень. Подання про преміювання не було обов'язковим для затвердження наглядовою радою і не призводило до автоматичного встановлення премій у зазначеному в поданні розмірі. Наглядова рада як незалежний і компетентний орган НАК самостійно розглядала та приймала рішення щодо визначення розміру винагороди голові і членам правління і, відповідно, мала повноваження як затвердити розмір премії, так і не ухвалювати жодного рішення щодо преміювання.

¹⁰ Під час засідання комітету з призначень та винагород наглядової ради НАК 17 квітня 2018 р. було відзначено, що запропоновані розміри преміювання в цілому відповідають міжнародним практикам великих нафтогазових компаній, а члени комітету поділяють загальний підхід, запропонований головою правління НАК (с. 16 обвинувального акта).

З обвинувального акта випливає, що отримання А. Коболєвим 2018 р. премії у розмірі 229 250 409,69 грн., яке сторона обвинувачення трактує як заволодіння чужим майном (майном НАК), не стало наслідком дій, вчинених А. Коболєвим у межах його повноважень. Зокрема, з обвинувального акта прямо випливає, що весь обсяг дій, вчинених А. Коболєвим у 2018 р. у рамках його службових повноважень, який інкримінується обвинуваченому органом досудового розслідування, включно з внесенням обвинуваченим питання про виплату йому премії на розгляд наглядовою радою НАК і видачею наказів про виплату премії, сам по собі не міг призвести до реальної виплати обвинуваченому премії. Це стало можливим лише після прийняття відповідного рішення наглядовою радою НАК 17 квітня 2018 р.

Тому немає підстав вважати, що отримання А. Коболєвим премії у 2018 р. становило заволодіння чужим майном, вчинене шляхом зловживання службовим становищем, оскільки за обставин, викладених в обвинувальному акті, отримання обвинуваченим премії не було результатом винятково його дій, вчинених у зв'язку з реалізацією службових повноважень. Навпаки, як випливає з викладеного вище, вирішальну роль для отримання А. Коболєвим премії відіграло рішення, ухвалене наглядовою радою НАК.

Аналіз положень нормативно-правових актів, якими у 2018 р. регулювався порядок преміювання членів правління НАК, дозволяє зробити висновок про те, що голова правління НАК не був наділений повноваженнями стосовно членів наглядової ради з питання встановлення розміру його винагороди. Службове становище голови правління НАК не передбачало наявності у нього повноважень щодо прийняття рішення про встановлення собі розміру премій, зловживаючи якими (повноваженнями) він міг би незаконно заволодіти відповідними грошовими коштами. А це, з огляду на згадані вище правозастосовні орієнтири і теоретичні підходи щодо особливостей безпосереднього вчинення заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, унеможлиблює інкримінування А. Коболєву ч. 5 ст. 191 КК.

3. Вирішуючи питання про правильність кваліфікації дій А. Коболєва за ч. 5 ст. 191 КК, слід зважати і на те, що теорія і судова практика єдині у тому, що правомірна поведінка особи виключає наявність в її діях складу розглядуваного злочину. Так, наголошується на тому, що відсутність протиправності вилучення майна означає, що не порушено обов'язковий основний та обов'язковий додатковий об'єкти злочину, передбаченого

ст. 191 КК; також це вказує на відсутність протиправності заволодіння майном як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу злочину¹¹.

Як випливає з обвинувального акта, орган досудового розслідування вбачає в діях А. Коболева ознаки протиправного заволодіння чужим майном у тому, що розмір виплаченої йому у 2018 р. премії перевищував граничні розміри, передбачені пп. 3 п. 1 постанови КМУ від 19 травня 1999 р. № 859 «Про умови і розміри оплати праці керівників підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств» (далі – постанова КМУ № 859). Стверджується, що А. Коболев як голова правління НАК був зобов'язаний дотримуватись обмежень у частині визначення розміру преміювання працівників НАК, встановлених, зокрема, постановою КМУ № 859; підкреслюється також, що первісно (у 2017 р., до ухвалення «фінального» рішення в арбітражному спорі) рішення про преміювання А. Коболева відповідало як постанові КМУ № 859, так і законам України «Про оплату праці», «Про колективні договори і угоди», Колективному договору і Статуту НАК (с. 9, 12, 15–16, 18 обвинувального акта).

При цьому, однак, не враховуються щонайменше такі обставини:

а) адресатами вимог постанови КМУ № 859 є не самі керівники підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств, а особи, які з погляду трудового права є їхніми роботодавцями. П. 4 згаданої урядової постанови (і в редакціях, що були чинними впродовж 2018 р., і в чинній редакції) наголошує на тому, що персональну відповідальність за встановлення розмірів оплати праці керівників підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, об'єднань державних підприємств, утворених центральними органами виконавчої влади відповідно до законодавства, з якими укладаються контракти, несуть не самі керівники підприємств, а їхні роботодавці.

Таким чином, безпідставно оцінювати дії А. Коболева як неправомірні, посилаючись на норми, які не були адресовані йому та, відповідно, яких він не був зобов'язаний дотримуватися;

б) пп. 3 п. 1 постанови КМУ № 859 у редакціях, чинних упродовж 2018 р., адресувався керівникам центральних органів виконавчої влади, Голові Ради міністрів АРК, керівникам місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також керівнику уповноваженого суб'єкта господарювання з управління об'єктами державної власності в

¹¹ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 22; вирок ВАКС від 6 квітня 2023 р. у справі № 761/8517/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110048566>

оборонно-промисловому комплексі, які укладають контракти з керівниками підприємств, заснованих на державній власності, та об'єднань державних підприємств, утворених центральними органами виконавчої влади відповідно до законодавства, підприємств, які належать АРК, підприємств, заснованих на комунальній власності. Зміни до постанови КМУ № 859, які внесли ясність з питання, чи поширюється її дія на НАК (розширення переліку відповідних суб'єктів за рахунок *наглядових рад суб'єктів господарювання державного сектору економіки*), були внесені згодом – на підставі постанови КМУ від 5 лютого 2020 р. № 141 «Питання умов і розмірів оплати праці керівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки», тобто вже після того, як у квітні 2018 р. наглядовою радою НАК було ухвалено рішення про винагороду членів правління ради НАК за екстраординарні досягнення – остаточні результати відповідного арбітражного спору¹².

Динаміка змін до постанови КМУ № 859 дає підстави вважати, що станом на 2018 р. її пп. 3 п. 1 не поширювався на правовідносини щодо виплати премій керівнику НАК, що, своєю чергою, додатково не дозволяє оцінювати отримання А. Коболєвим премії у вказаному вище році як протиправне заволодіння чужим майном;

в) існуючий на момент вчинення інкримінованих дій стан правового регулювання відповідних відносин дозволяв при оплаті праці керівників відповідних суб'єктів керуватись не постановою КМУ № 859, якою, за словами одного з колишніх юридичних радників НАК, КМУ «крутить і вертить, як хоче, і приймає зміни під будь-яку політичну ситуацію»¹³, а безпосередньо Законом України «Про акціонерні товариства», а також локальними документами НАК, з положень яких випливає, що розмір винагороди працівників НАК на момент вчинення інкримінованих А. Коболєву дій встановлювався і затверджувався наглядовою радою НАК¹⁴.

¹² У пояснювальній записці до проекту постанови КМУ № 141 містився детальний опис необхідності обмежити рівень заробітної плати керівників топ-підприємств у зв'язку з розривом між середньою зарплатою по Європі та Україні (с. 130 довідки щодо матеріалів справи), звідки слідує, що до ухвалення цього урядового рішення рівень зарплати керівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки наглядовими радами не обмежувався.

¹³ С. 149 довідки щодо матеріалів справи.

¹⁴ Так, відповідно до п. 4.10 Положення про преміювання працівників НАК заохочувальні виплати включають премії, які не передбачені актами чинного законодавства або які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми (с. 84 довідки щодо матеріалів справи).

Політика щодо встановлення розміру винагороди членам правління НАК, керівникам господарських товариств, єдиним акціонером (засновником, учасником) яких є НАК, встановлює перелік складових та принципи визначення розміру винагороди керівників. Мета Політики – утримувати і мотивувати керівників, які мають необхідні навички. Змінна частина винагороди залежить від результатів роботи і може включати різні види премій, зокрема премії за особливі досягнення. Максимальний розмір кожного виду премії залежить від грейду посади керівника та встановлюється у Додатку 2 до цієї Політики. Відповідно до вказаного Додатку максимальний розмір премії посади за грейдом А: квартальна – до 100%; річна до 200%; за досягнення цілей в середньострокових перспективах до 200%; за особливі досягнення – за рішенням

Вельми показовими в аспекті правомірності преміювання за «фінальне» рішення у Стокгольмському арбітражі є і такі обставини, «не помічені» органом досудового розслідування»:

1) акціонер НАК в особі КМУ мав повноваження і можливість скасувати рішення наглядової ради щодо виплати відповідних премій, однак цього не зробив;

2) наглядова рада НАК, укладаючи з головою правління додаткові угоди щодо виплати другого траншу премії у 2018–2019 рр., додатково визнала власне рішення і відповідальність за його прийняття;

3) контракт з головою правління НАК А. Коболєвим у 2020 р. було продовжено на новий строк за погодженням з акціонером, навіть попри наявність інформації про кримінальне провадження, розпочате у зв'язку з преміюванням працівників НАК за результатами відповідного арбітражного спору.

Якщо рішення про визначення і затвердження розміру винагород членів правління НАК за результатами арбітражного спору було правомірним, бо (як доведено вище) ухвалювалось на підставі чинного на той момент законодавства, то це у кримінально-правовій площині означає відсутність протиправності як ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 191 КК.

Оскільки твердження органу досудового розслідування про існування нормативно визначених обмежень щодо розміру премій керівникам підприємств, заснованих на державній формі власності, у 2018 р. є спірним, одна з ключових тез обвинувачення А. Коболєва – про зловживання ним службовим становищем у формі введення в оману членів наглядової ради щодо відсутності правових перешкод виплати йому премії за екстраординарні досягнення (див. про це нижче) – є сумнівною.

Законодавство, чинне на момент скоєння дій, які в обвинувальному акті дістали кримінально-правову оцінку за ч. 5 ст. 191 КК, також не обмежувало повноваження голови правління НАК ініціювати перед його наглядовою радою питання про преміювання членів правління за наявності до того підстав.

Та обставина, що премія голови правління НАК за розміром значно відрізнялась від премії інших працівників НАК, не спростовує зроблений вище висновок про правомірність преміювання у розглядуваній ситуації.

Якщо ж поведінка наглядової ради НАК як колегіального органу в частині преміювання була правомірною, то постановка питання про

наглядової ради; за реалізацію довгострокових проектів – за рішенням наглядової ради або до 500% річного окладу (с. 101–104 довідки щодо матеріалів справи).

преміювання перед цим органом (зокрема, з боку голови правління НАК) не може бути кримінально караним зловживанням службовим становищем, яке у складі злочину «заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем» відіграє роль способу його вчинення.

Те, що відповідно до Статуту НАК до компетенції правління віднесено з-поміж іншого попередній розгляд питань, що підлягають обговоренню, зокрема, на засіданнях наглядової ради (с. 4 обвинувального акта), – зайве підтвердження правомірності дій А. Коболева щодо ініціювання преміювання працівників за результатами відповідного арбітражного спору.

4. У теорії кримінального права і судовій практиці обов'язковою ознакою заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем визнається його безоплатний характер. Стосовно тієї частини кримінальних проваджень щодо заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, які перебувають у площині трудових правовідносин, це означає, що про безоплатність заволодіння чужим майном може йтися лише тоді, коли певна особа отримувала заробітну плату (включно з премією як однією з її складових) в ситуації, коли трудова функція, за виконання якої було нараховано заробітну плату, фактично ніким не виконувалася.

Такий висновок «від зворотного» впливає, наприклад, з однієї з постанов ККС ВС, в якій суд підтвердив обґрунтованість виправдання за обвинуваченням у вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 191 КК) начальника метеостанції, який періодично виконував замість своєї підлеглої її трудову функцію, не оформлюючи це документально та отримуючи від підлеглої кошти, нараховані їй як заробітна плата за час, коли вона фактично не виконувала трудову функцію¹⁵. Ключовим аргументом, на який сперлися в цій справі суди всіх трьох інстанцій, було те, що обвинувачений реально виконував певну роботу.

З обвинувального акта впливає, що у 2018 р. А. Коболев отримав премію за досягнення вагомих цілей, реалізацію важливих, стратегічних проектів працівниками НАК, а саме у зв'язку з винесенням трибуналом при Арбітражному інституті торгової палати у м. Стокгольм рішення в арбітражному провадженні щодо транзиту газу, яким, зокрема, було задоволено вимоги НАК про відшкодування збитків, завданих порушенням Газпромом зобов'язань щодо мінімальних обсягів транзиту газу в 2009–

¹⁵ Постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 5 серпня 2020 р. у справі № 433/383/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90906061>

2017 рр. При цьому в самому обвинувальному акті не ставиться під сумнів внесок, зроблений А. Коболєвим через виконання ним трудової функції, в досягнення цього важливого для діяльності НАК результату. Сказане унеможлиблює висновок про те, що отримання А. Коболєвим премії у 2018 р. становило безоплатне заволодіння чужим майном.

5. Продовжуючи з'ясовувати питання про обґрунтованість кваліфікації дій А. Коболєва за ч. 5 ст. 191 КК, варто згадати й аксіоматичне положення про те, що каране за цією статтею КК заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем як одне з розкрадань має місце лише за наявності прямого умислу в діях службової особи.

Наприклад, В. Борисов пише, що суб'єктивна сторона незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна, складається з трьох обов'язкових ознак – прямого умислу, корисливого мотиву і мети заволодіння чужим майном на свою користь або на користь інших осіб¹⁶. Законодавець прямим визнає умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання (ч. 2 ст. 24 КК). Відповідно до цієї статті для умислу (прямого і непрямого) спільною є така інтелектуальна ознака, як усвідомлення винною особою суспільної небезпеки свого діяння. Вимагається, щоб належний суб'єкт хоча б у загальних рисах розумів те, що вчинюване ним діяння носить антисоціальний характер і здатне за своїми фактичними властивостями спричинити шкоду відносинам, охоронюваним кримінальним законом, тобто посягати на певний об'єкт кримінально-правової охорони.

Так, визнаючи особу невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366-2 КК, ВАКС вказав на те, що для інкримінування цієї заборони має бути встановлено, що особа розуміє суспільну небезпеку своєї поведінки, а не лише фактичні обставини вчиненого, які стосуються об'єкта та об'єктивної сторони складу певного кримінального правопорушення¹⁷. В. Діденко конкретизує, що при вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 191 чинного КК (ст. 84 попереднього КК), усвідомленням винного охоплюється, зокрема, те, що він не має права на майно, яке розкрадається¹⁸.

¹⁶ Борисов В.І. Кримінальні правопорушення проти власності: об'єкт, предмет та види. Характеристика незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1. С. 243.

¹⁷ Вирок ВАКС від 16 березня 2023 р. у справі № 991/174/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109666619>

¹⁸ Діденко В.П. Квалификация хищений государственного или общественного имущества путем присвоения, растраты или злоупотребления служебным положением: учеб. пособие. Киев: Украинская академия внутренних дел, 1992. С. 52.

Однак фактичні обставини, які встановлені у кримінальному провадженні щодо А. Коболева та які, зокрема, знайшли відображення в обвинувальному акті, унеможливають висновок про зазначене усвідомлення (розуміння). На думку органу досудового розслідування, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем у випадку з А. Коболевим набуло вигляду ініційованого ним преміювання без законних на те підстав, а це означає, що обвинувачений усвідомлював відсутність таких підстав.

В одному з рішень ВАКС слушно зазначив, що диспозиція ч. 2 ст. 191 КК, з огляду на форму вчинення злочину, є бланкетною. Тому при засудженні за цією нормою закону України про кримінальну відповідальність потрібно чітко з'ясувати, які нормативно-правові акти порушила особа, зловживаючи своїм службовим становищем¹⁹. Сказане спонукає розкрити специфіку психічного ставлення особи до вчиненого та його наслідків у складах кримінальних правопорушень, передбачених кримінально-правовими заборонами із бланкетними диспозиціями. Для таких складів усвідомлення протиправності діяння має бути невід'ємною складовою інтелектуального моменту умислу, оскільки законодавче регулювання відповідних відносин може бути настільки складним, громіздким і суперечливим, що навіть «вузькі» фахівці зазнають труднощів при з'ясуванні змісту і співвідношення відповідних приписів²⁰. Про усвідомлення суспільної небезпеки як інтелектуальну ознаку умисної форми вини у випадку, якщо особа не усвідомлює факту порушення нею вимог регулятивного законодавства, не може бути й мови.

У випадку вчинення кримінального правопорушення, передбаченого нормою КК із бланкетною диспозицією, усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння як характеристика умислу є похідним від розуміння суб'єктом протиправності своєї поведінки, визначеної регулятивним законодавством²¹. М. Панов і Н. Квасневська зазначають, що при встановленні змісту вини треба довести, що, порушуючи вимоги нормативно-правих актів, які входять до змісту бланкетної диспозиції, особа хоча б у загальних рисах усвідомлювала (могла усвідомлювати), що вона

¹⁹ Ухвала Апеляційної палати ВАКС від 11 лютого 2020 р. у справі № 517/639/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87573700>

²⁰ Думка не нова: ще у 1926 р. Е. Немировський писав, що значна частина правових норм, які регулюють відносини у складному соціальному організмі, ставить у скрутне становище навіть юристів, через що неусвідомлення правової забороненості діяння має визнаватись обставиною, що виключає умисел (див.: Антологія української юридичної думки. В 10 т. Том 7: Кримінальне право. Кримінальний процес / Упорядники: О.М. Костенко, О.О. Кваша; Відп. ред. О.М. Костенко. Київ, 2004. С. 497–498).

²¹ Дудоров О. Специфіка юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю. *Право України*. 2011. № 9. С. 82–91.

вчиняє протиправні дії. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати це, кримінальна відповідальність повинна виключатись за відсутністю вини²². О. Костенко переконаний у тому, що неправильне тлумачення регулятивного закону у випадку його порушення виключає вини у формі умислу, але не виключає необережність, і пропонує безпосередньо у КК регламентувати особливості встановлення вини при незнанні закону та при його неправильному застосуванні²³.

Наведені вище доктринальні судження час від часу знаходять адекватне втілення у практиці правозастосування.

Зокрема, підтверджуючи правильність висновків ВАКС та Апеляційної палати ВАКС про відсутність у діях колишнього Міністра інфраструктури України складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 211 КК, ККС ВС з-поміж іншого вказав на невстановлення судом того, що засуджений усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння. При цьому ККС ВС спеціально підкреслив, що суд апеляційної інстанції переконливо спростував позицію обвинувачення щодо усвідомлення экс-посадовцем протиправності своїх дій, а це доводить відсутність умислу на порушення бюджетного законодавства (*тобто регулятивного, а не лише кримінального*; курсив наш – О.Д., К.З.), а отже, і суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 211 КК²⁴.

Таким чином, теорія кримінального права і новітня судова практика виходять з того, що, якщо обвинувачений при вчиненні інкримінованого йому діяння сумлінно помилився у певних положеннях регулятивного законодавства (зокрема, витлумачив їх не так, як це згодом зробив орган досудового розслідування), то немає підстав стверджувати, що він (обвинувачений) усвідомлював суспільну небезпеку свого діяння, звідки слідує положення про відсутність в його поведінці щонайменше умислу на порушення вимог законодавства – як регулятивного, так і кримінального.

Якщо екстраполювати наведені вище судження на дії А. Коболева, які в обвинувальному акті кваліфіковані за ч. 5 ст. 191 КК, то висновок про відсутність умислу у діях обвинуваченого виглядає більш ніж очевидним. Адже положення нормативно-правових актів різної юридичної сили та різного рівня (закони України «Про акціонерні товариства», «Про оплату

²² Панов М., Квасневська Н. Кваліфікація злочинів при бланкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність. *Право України*. 2010. № 9. С. 53.

²³ Як приклад «правозастосовної необережності» вчений наводить ситуацію з порушенням вимог антилегалізаційного законодавства з боку призначеного за здійснення фінансового моніторингу співробітника банку, який неправильно витлумачив положення відповідного законодавства та якого безпідставно притягували до відповідальності за вчинення умисного злочину, передбаченого ст. 209-1 КК (див.: Костенко О. Необережність при застосуванні закону: «біла пляма» в праві? *Юридичний журнал*. 2006. № 5. С. 75–76).

²⁴ Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 28 березня 2023 р. у справі № 991/9129/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110010448>

праці», «Про управління об'єктами державної власності», постанова КМУ № 859, Статут НАК, Колективний договір НАК, Положення про преміювання працівників НАК тощо) у тих редакціях, які були чинними на момент скоєння аналізованих дій, допускали їх суперечливе прочитання (тлумачення) з питання про правомірність преміювання голови і членів Правління НАК (зокрема, в частині (не)поширення дії постанови КМУ № 859 на ситуацію преміювання, якій надається кримінально-правова оцінка в обвинувальному акті).

Проміжний висновок: *відсутні підстави вважати, що, з огляду на обставини, викладені в обвинувальному акті, в діях А. Коболєва вбачаються ознаки безпосереднього вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах.*

6. Наука кримінального права України допускає можливість опосередкованого вчинення кримінального правопорушення, тобто використання однією особою для виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення іншої особи, яка з певних причин не підлягає кримінальній відповідальності²⁵. Особу, якою маніпулюють, зазвичай називають «живим знаряддям», а особу, яка використовує «живе знаряддя», – особою, яка опосередковано вчинила кримінальне правопорушення. Такі ситуації, щоправда, не мають задовільного законодавчого врегулювання. Про можливість опосередкованого вчинення кримінального правопорушення згадується лише в ч. 2 ст. 27 КК, яка передбачає, що виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення шляхом використання інших осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом. Це положення є прямим законодавчим орієнтиром стосовно кримінально-правової оцінки випадків, коли опосередковане вчинення кримінального правопорушення «розчиняється» у співучасті. Утім, брак прямих законодавчих положень певним чином компенсує «нормодобудовча» діяльність судів. Зокрема, варто звернути увагу на такі позиції (висновки) стосовно опосередкованого вчинення кримінального правопорушення:

а) у п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України (ПВСУ) від 27 грудня 2004 р. № 2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу

²⁵ Див., наприклад: Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: навч. посіб. / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваїте, 2014. С. 144–145, 227–228; Ус О.В. Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації: лекції. Харків: Право, 2018. С. 192.

антигромадську діяльність» зазначено, що при вирішенні питання про кваліфікацію злочину, вчиненого дорослою особою із залученням неповнолітніх осіб, які внаслідок свого віку (ст. 22 КК чи неосудності (ст. 19 КК)) не є його суб'єктами, треба мати на увазі, що таке спільне вчинення злочину не утворює співучасті, та що у зазначених випадках відповідно до ч. 2 ст. 27 КК доросла особа розглядається як виконавець злочину, і її дії кваліфікуються за статтями КК, якими передбачено відповідальність за цей злочин і за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність;

б) в одній з постанов об'єднаної палати (ОП) ККС ВС (i) зазначено, що «чинний КК не містить визначення поняття опосередкованого вчинення кримінального правопорушення, проте воно згадується в контексті інституту співучасті»; (ii) підтверджено, що «судова практика ніколи не заперечувала можливості опосередкованого вчинення кримінального правопорушення й поза рамками зазначеного інституту»; (iii) відтворено п. 6 постанови ПВСУ від 27 грудня 2004 р. № 2 без прямого посилання на останній; (iv) констатовано, що «у випадках, коли при вчиненні розбою винний спрямовує свої дії на заволодіння чужим майном з житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу, використовуючи погрозу застосування насильства небезпечного для життя чи здоров'я особи, яка відповідно має такий доступ, поведінку винного слід кваліфікувати, як розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (ч. 3 ст. 187 КК), оскільки за вказаних обставин винний здійснює опосередковане проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу, використовуючи особу, що діє за наявності обставин, які виключають протиправність діяння, а саме за наявності психічного примусу (ч. 2 ст. 40 КК), який виключає кримінальну відповідальність вказаної особи за вчинене»²⁶;

в) у постанові ККС ВС від 29 травня 2024 р. переважно підтверджуються позиції, що були висловлені раніше в п. 6 постанови ПВСУ від 27 грудня 2004 р. № 2 (без прямої згадки про нього) та у згаданій постанові ОП ККС ВС. Однак, крім цього, вказано, що «окремим випадком, про який йдеться в ч. 2 ст. 27 КК, є використання для вчинення кримінального правопорушення осіб, психічне ставлення яких до вчиненого ними діяння виявляється в формі, відмінній від тої, про яку йдеться у відповідній частині статті (статті) Особливої частини як про ознаку суб'єктивної сторони, які, зокрема, не усвідомлюють суспільної небезпечності діяння, того, що воно спрямоване на заподіяння істотної

²⁶ Постанова об'єднаної палати ККС ВС від 7 червня 2021 р. у справі № 755/7958/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97628502>

шкоди правоохоронюваним відносинам, не передбачають можливості настання суспільно небезпечних наслідків, не бажають і свідомо не припускають їх настання, адже сприймають свої дії як правомірні за обставин конкретного провадження (мають переконливі і обґрунтовані підстави для такого сприйняття)»²⁷.

7. У контексті викладеного про суть опосередкованого вчинення кримінального правопорушення звертає на себе увагу відсутність в обвинувальному акті чіткого висновку про те, що члени наглядової ради НАК не підлягають кримінальній відповідальності за злочин, передбачений ч. 5 ст. 191 КК. В обвинувальному акті декілька разів наголошується на тому, що, приймаючи у 2018 р. рішення про виплату А. Коболеву премії, члени наглядової ради діяли всупереч пп. 3 п. 1 постанови КМУ № 859, будучи введеними в оману А. Коболевим, оскільки він не повідомив їм про нібито наявні граничні обмеження преміювання керівників підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств, передбачені постановою КМУ № 859. Якщо припустити, що, роблячи такі твердження, орган досудового розслідування прагне довести те, що А. Коболев опосередковано вчинив заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, то вони (твердження) є явно «дефіцитними». Висновок про опосередковане вчинення особою кримінального правопорушення повинен мати в своїй основі висновок про те, чому «живе знаряддя», яким маніпулювала особа, не підлягає кримінальній відповідальності. В обвинувальному акті такий висновок відсутній, бо з тверджень про те, що одна особа ввела в оману іншу особу, з необхідністю не випливає те, що ця інша особа не підлягає кримінальній відповідальності.

8. Постає також питання, чи наявний в діях А. Коболева обман щодо членів наглядової ради НАК? Як можна зрозуміти з обвинувального акта, орган досудового розслідування вважає, що з боку обвинуваченого мав місце так званий пасивний обман стосовно членів наглядової ради НАК. Такий висновок, однак, суперечить усталеному у кримінальному праві розумінню обману як способу вчинення кримінального правопорушення:

а) згідно з цим розумінням предметом обману є інформація про певні *факти об'єктивної дійсності*²⁸, але не про існування певних правових норм (наприклад, норм про граничні розміри преміювання керівників підприємств,

²⁷ Постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 29 травня 2024 р. у справі № 459/2219/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/119493734>

²⁸ Див., наприклад: Панов М., Анісімов Г. Обман як ознака складу злочину і його кримінально-правове значення. *Юридична Україна*. 2014. № 5. С. 72; Максимович Р.Л. Обман як наскрізне кримінально-правове поняття. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2019. Вип. 69. С. 154.

заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств) чи їхнього змісту. Протилежний підхід прямо суперечив би тому, що згідно з ч. 2 ст. 68 Конституції України незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності. Це конституційне положення покладає на кожну особу, яка перебуває під юрисдикцією України, обов'язок потурбуватися про свою обізнаність щодо правомірності чи неправомірності власної дії (бездіяльності). Такий обов'язок, поза всяким сумнівом, був покладений і на членів наглядової ради НАК при прийнятті ними рішень, що належать до її компетенції.

Відповідно до структури корпоративного управління у НАК його наглядова рада є незалежним і самостійним органом акціонерного товариства, який регулює та контролює діяльність правління. Відповідно до п. 60 Статуту НАК (затв. постановою КМУ від 14 грудня 2016 р. № 1044) наглядова рада є органом, що здійснює захист прав акціонерів і відповідно до компетенції, визначеної законом і Статутом, контролює та регулює діяльність правління. Згідно зі Статутом НАК до виключної компетенції наглядової ради належало затвердження умов контрактів, що укладаються з головою та членами правління, встановлення розміру їх винагороди, обрання особи, яка уповноважується на підписання таких контрактів.

Окрім того, відповідно до п. 71 Статуту НАК питання, що належать до виключної компетенції наглядової ради, не могли вирішуватись іншими органами Компанії, якщо інше не встановлено законом. Відповідно до п. 59 Положення про наглядову раду НАК комітет з призначень та винагород надавав наглядовій раді рекомендації щодо розміру винагороди членів та голови правління, а згідно з п. 58 цього Положення наглядова рада обирала голову та членів комітету з призначень та винагород; при цьому більшість членів повинні були бути незалежними директорами.

За змістом Положення про наглядову раду НАК її члени мають обов'язок діяти добросовісно, розумно, не перевищувати своїх повноважень, виявляти сумлінність, обачливість і належну обережність, а також керуватись у своїй діяльності законодавством України. Вказані положення покладають особисту відповідальність на членів наглядової ради за її діяльність та прийняті ними рішення. Відповідно до Положення про наглядову раду її члени повинні мати професійні та кваліфікаційні характеристики, досвід, які б відповідали потребам бізнесу та стратегії НАК, а також функціональним обов'язкам членів наглядової ради, зокрема членів комітетів наглядової ради. Член наглядової ради (незалежний директор) є незалежним за своїм статутом і у своїх рішеннях. Отже, наявність знань та освіти, професійних навичок,

функціональної компетентності, досвіду була обов'язковою вимогою до кожного члена наглядової ради НАК.

Викладене вище підважує одну з ключових тез аналізованого обвинувачення – про те, що зловживання А. Коболєвим своїм службовим становищем набуло вигляду введення в оману членів оновленої наглядової ради НАК щодо відсутності нормативних перешкод виплати йому премії за екстраординарні досягнення у 2018 р. Навіть якщо пристати до версії органу досудового розслідування про те, що члени наглядової ради НАК прийняли рішення про виплату А. Коболєву премії в розмірі, що перевищував граничні межі, визначені постановою КМУ № 859, то, з огляду на ч. 2 ст. 68 Конституції України, таке рішення за будь-яких умов було прийняте ними не під впливом обману з боку А. Коболєва, а внаслідок неналежного виконання покладеного на кожного з них згаданого вище конституційного обов'язку;

б) усталене в кримінальному праві України розуміння обману як способу вчинення кримінального правопорушення допускає, що обман може мати пасивну форму та полягати в неповідомленні іншій особі важливої інформації про певні обставини об'єктивної дійсності. Однак при цьому про пасивний обман можна вести мову лише тоді, коли на одну особу був покладений *обов'язок* повідомити іншу особу про відповідні обставини об'єктивної дійсності²⁹. У теорії кримінального права аксіоматичним є положення про те, що іманентна властивість кримінально протиправної бездіяльності – наявність не морального, а правового обов'язку особи діяти певним чином у конкретній ситуації, а це з-поміж іншого передбачає встановлення правової підстави, з якої впливає обов'язок діяти.

Натомість в обвинувальному акті жодним чином не пояснюється, чому А. Коболєв мав повідомити членів наглядової ради НАК про чинність постанови КМУ № 859 та її правовий зміст, особливо у світлі того, що, як зазначалося вище, керівники підприємств, заснованих на державній, комунальній власності, та об'єднань державних підприємств не є адресатами вимог цього нормативно-правового акта, а наглядова рада НАК – компетентний колегіальний орган, який був уповноважений ухвалювати рішення про преміювання працівників НАК.

Твердження органу досудового розслідування про обман А. Коболєвим членів наглядової ради НАК виглядають непереконливим ще й тому, що, як також зазначалося вище, з чинних станом на 2018 р. редакцій постанови

²⁹ Див., наприклад: Панов М., Анісімов Г. Обман як ознака складу злочину і його кримінально-правове значення. *Юридична Україна*. 2014. № 5. С. 73; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 137; Максимович Р.Л. Обман як наскрізне кримінально-правове поняття. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2019. Вип. 69. С. 154.

КМУ № 859 не впливало те, що передбачені нею граничні обмеження щодо преміювання поширювались на правовідносини між наглядовою радою НАК та її керівником.

9. Далі розглянемо питання про (не)можливість опосередкованого вчинення кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом.

Опосередковане вчинення А. Коболєвим злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК, виглядає неможливим ще й через те, що цей злочин належить до кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом. Для таких кримінальних правопорушень характерним є нерозривний функціональний зв'язок між характеристиками спеціального суб'єкта кримінального правопорушення та його об'єктивною стороною. З цього, зокрема, випливає неможливість виконання об'єктивної сторони складу такого кримінального правопорушення загальним суб'єктом. У випадку із заволодінням чужим майном шляхом зловживання службовим становищем це означає, що заволодіння майном повинно бути закономірним результатом використання особою її службових повноважень (див. про це вище).

Екстраполюючи специфіку кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом на ситуації опосередкованого вчинення кримінального правопорушення, слід визнати, що такі кримінальні правопорушення не можуть вчинятись опосередковано. В ситуаціях опосередкованого вчинення кримінального правопорушення роль «живого знаряддя», яким маніпулює особа, котра опосередковано вчиняє кримінальне правопорушення, максимально уподібнюється до ролі «звичайного» знаряддя вчинення кримінального правопорушення.

Так, роль малолітньої особи, яку доросла особа направляє замість себе вчинити крадіжку, фактично тотожна ролі знаряддя зламу, яке доросла особа використала б в ситуації власноручного (безпосереднього) вчинення крадіжки. Грубо кажучи, особа підлягає відповідальності за опосередковане вчинення кримінального правопорушення, якщо вона цілком могла вчинити його і безпосередньо. Проте, якщо відповідальність за певне кримінальне правопорушення можуть нести лише спеціальні суб'єкти, і в конкретній ситуації особа не є таким суб'єктом, то маніпулювання особою спеціальним суб'єктом не перетворює саму особу на спеціального суб'єкта. Саме через це опосередковане вчинення кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом є неможливим.

Таким чином, якщо дії А. Коболєва, про які йдеться в обвинувальному акті, із зазначених вище причин не можна трактувати як безпосереднє заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, (нагадаємо – вирішальну роль в отриманні обвинуваченим премії зіграло

рішення наглядової ради НАК), то А. Коболєв не може відповідати і за опосередковане заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, адже будь-які його дії щодо членів наглядової ради НАК, так би мовити, за визначенням не могли призвести до набуття ним правового статусу і повноважень, які мали члени цього колегіального органу.

Проміжний висновок: *відсутні підстави вважати, що, з огляду на обставини, викладені в обвинувальному акті, в діях А. Коболєва вбачаються ознаки опосередкованого вчинення обвинуваченим заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах.*

10. При відповіді на поставлене у зверненні адвоката питання слід зважати і на ст. 7 (1) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ). Попри свій доволі лаконічний зміст, ст. 7(1) ЄКПЛ містить чимало гарантій, частина з яких має текстуальний, а частина – контекстуальний характер. Безпосередньо в тексті статті 7(1) ЄКПЛ йдеться лише про гарантії, покликані захистити людину від погіршення її становища *ex post facto* (у зворотному порядку, ретроактивно): а) гарантія від засудження за дію (бездіяльність), яка на час її вчинення не була кримінальним правопорушенням за національним законом (перше речення); б) гарантія від призначення суворішого покарання, ніж те, яке підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення (друге речення). Згідно з практикою Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) ст. 7(1) ЄКПЛ вимагає від держав ще й дотримання гарантій: а) доступності закону; б) передбачуваності для особи її засудження та покарання на підставі закону; в) особистої та винної відповідальності; г) *lex mitior*.

У своїй практиці ЄСПЛ послідовно впроваджує ідею передбачуваності закону *in concreto*, тобто передбачуваності для конкретної особи в конкретний момент часу її засудження за певне кримінальне правопорушення та покарання за нього з огляду на чинний в цей конкретний момент закон³⁰. Суд спеціально наголошує на тому, що чіткість тексту кримінального закону не гарантує автоматичного дотримання державою ст. 7 ЄКПЛ, оскільки її порушенням може виявитися й певне тлумачення та застосування кримінального закону національними судами³¹. Важливими показниками, які ЄСПЛ зазвичай враховує, оцінюючи передбачуваність/непередбачуваність для особи її засудження, є: а) сфера

³⁰ Постанова ЄСПЛ у справі *Saakashvili v. Georgia*, nos. 6232/20 and 22394/20, 23 травня 2024 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233761/>

³¹ Постанова ЄСПЛ у справі *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* [ВІП], no. 15669/20, 26 вересня 2023 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-227636>

чинності правової норми, на підставі якої відбувається засудження особи;
б) спроможність людини передбачити своє засудження за ту чи іншу дію (бездіяльність) з урахуванням можливості звернутися за юридичною консультацією³².

У своїй практиці ЄСПЛ вже визнавав таким, що мало непередбачуваний характер, засудження заявників за злочини проти власності. Зокрема, показовою в цьому сенсі є справа *Navalnyy v. Russia*³³:

а) у цій справі заявників було засуджено за комерційне шахрайство, зокрема, у зв'язку з тим, що один з них не консультував клієнтів про можливість отримання послуг за дешевшою, ніж та, яку пропонували заявники, ціною, хоч, як зазначив ЄСПЛ, це зобов'язання не ґрунтувалося ні на умовах договорів, ні на правових нормах, що регулюють конфіденційність, добросовісність та обов'язок обачності в комерційних угодах між компаніями;

б) заявникам було інкриміновано заволодіння майном з мотивів особистої вигоди, хоч, за твердженням ЄСПЛ, «деякі «мотиви особистої вигоди» можуть бути виявлені в будь-якій комерційній діяльності»;

в) ЄСПЛ також відмітив те, що кваліфікація отриманого заявниками прибутку від господарської діяльності як «розкраденого майна» без будь-яких застережень показала, що «межі між кримінальним злочином, інкримінованим заявникам, і звичайною комерційною діяльністю були дійсно невиразними»;

г) у підсумку ЄСПЛ констатував, що «при визначенні кримінального обвинувачення проти заявників [злочин комерційного шахрайства] було розширено та непередбачувано витлумачено на їхню шкоду», та заявив, що «таке тлумачення не можна назвати таким, що відповідає суті злочину».

11. Можливе засудження А. Коболева за заволодіння чужим майном шляхом зловживання владою або службовим становищем за обставин, викладених в обвинувальному акті, становитиме очевидне порушення вимоги передбачуваності засудження на підставі закону (ст. 7(1) ЄКПЛ). Адже:

а) якщо інтерпретувати висунуте А. Коболеву обвинувачення як обвинувачення в безпосередньому вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, то засудження на основі такого обвинувачення буде непередбачуваним, оскільки воно ігноруватиме такі визнані судовою практикою України і теорією кримінального права і

³² Постанова ЄСПЛ у справі *Pessino v. France*, по. 40403/02, 10 жовтня 2006 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77359>

³³ Постанова ЄСПЛ у справі *Navalnyy v. Russia*, по. 101/15, 17 жовтня 2017 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-177665>

згадані вище ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК, як протиправність заволодіння чужим майном, безоплатність заволодіння чужим майном, заволодіння чужим майном з використанням службових повноважень і вчинення цього кримінального правопорушення з прямим умислом. Засудження обвинуваченого за таких обставин, висловлюючись мовою ЄСПЛ, спиратиметься на тлумачення кримінального закону, яке не можна назвати таким, що відповідає суті злочину – заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем;

б) якщо інтерпретувати висунуте А. Коболєву обвинувачення як обвинувачення в опосередкованому вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, то засудження на основі такого обвинувачення так само буде непередбачуваним, оскільки воно, з одного боку, ігноруватиме загальні особливості юридичної природи опосередкованого вчинення кримінального правопорушення, а, з іншого, ґрунтуватиметься на сумнівній і внутрішньо суперечливій оцінці впливу А. Коболєва на членів наглядової ради НАК.

Слід додати і те, що останнім часом передбачуваність закону як один із критеріїв його якості набуває все більшого значення у вітчизняній судовій практиці. Так, ухвалюючи виправдувальний вирок за ч. 5 ст. 191 КК, ВАКС, зокрема, вказав на те, що у практиці ЄСПЛ сформульовано підхід, відповідно до якого ті, хто чинить добросовісно на підставі права, не повинні відчувати краху надій щодо своїх легітимних очікувань. Вирішення проблем нормативного регулювання через притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які приймали рішення про надання службового житла чи про виключення житла із числа службового, суперечить як засадам поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України), так і принципу законності в кримінальному праві, який вимагає, зокрема, існування визначеного закону, який дасть змогу особі передбачати кримінально-правові наслідки своїх дій. Однією з вимог законності є передбачуваність для особи можливості настання кримінальної відповідальності за її дії. Враховуючи недоліки чинного законодавства щодо регламентації процесу надання службового житла та виключення його з числа службового, суд вважає, що покладення на керівника установи кримінальної відповідальності за реалізацію повноважень, які належним чином не регламентовані, є таким, що суперечить завданням КК³⁴.

³⁴ Вирок ВАКС від 6 квітня 2023 р. у справі № 761/8517/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110048566>

III. РЕЗОЛЮТИВНА ЧАСТИНА

Проведене наукове дослідження дозволяє сформулювати таку відповідь на питання, поставлене у зверненні адвоката.

У світлі обставин, зазначених в обвинувальному акті, немає підстав вважати обґрунтованою кваліфікацію дій А. Коболєва за ч. 5 ст. 191 КК, оскільки у таких діях відсутній склад злочину «заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в особливо великих розмірах».

Крім того, засудження А. Коболєва за вказаних обставин за ч. 5 ст. 191 КК становитиме порушення ст. 7 (1) ЄКПЛ з огляду на непередбачуваний для обвинуваченого характер такого засудження.

Доктор юрид. наук, професор

Олександр ДУДОРОВ

Кандидат юридичних наук, доцент

Костянтин ЗАДОЯ