

Вирок Юлії Тимошенко

Юридичний експрес-аналіз

Завершився розгляд кримінальної справи по обвинуваченню Тимошенко Ю.В. у вчиненні злочину, склад якого передбачено ч. 3 ст. 365 КК України, — перевищення влади або службових повноважень, яке спричинило тяжкі наслідки. Після оголошення судом закінчення судового слідства 27 вересня 2011 р. відбулись судові дебати — промови прокурора, потерпілого і його представника, цивільного позивача, захисника, підсудного, які розпочалися з промови прокурора Лілії Фролової, яка, як і слід було очікувати, фактично була відтворенням основних позицій (положень) обвинувального висновку і ствердженням, що зібрані органом досудового слідства докази підтверджують (свідчать про) доведеність обвинувачення Тимошенко Ю.В. у вчиненні нею злочину, склад якого передбачений ч.3 ст.365 КК, її винність у вчиненні цього злочину.

Оцінка доказів, які наводились під час судового слідства стороною захисту, прокурором фактично не здійснювалась. Прокурор у своїй промові обмежилась зазначенням, що прокуратура критично ставиться до показань свідків, експертних висновків, правових позицій, науковоконсультативного висновку щодо кримінальноправової оцінки дій Тимошенко Ю.В., який був наданий мною, та інших доказів, оскільки вони, як вважає прокуратура, не узгоджуються з іншими доказами, а тому не можуть бути прийняті до уваги і мають бути відкинуті судом.

Петро АНДРУШКО,
кандидат юридичних наук, професор,
спеціально для "ЮВУ"

Промова прокурора

За повідомленнями ЗМІ, промова Л.Фролової звелась до зачитування попередньо підготовленого тексту, який містив немало ключових тез і формулювань обвинувального висновку. Зокрема, Л.Фролова знову заявила, що, схвалюючи невігідний країні газовий

контракт із Росією, Юлія Тимошенко керувалась «бажанням створити собі позитивний імідж ефективного керівника», і декілька разів повторила, що експрем'єр особисто затвердила директиви на укладення газових договорів на «економічно не вигідних і неприйнятних умовах», надавши при цьому неправдиву інформацію колишньому голові правління НАК «Нафтогаз України» О.Дубині про затвердження директив урядом.

Лілія Фролова підкреслила, що сторона обвинувачення ставить під сумнів і просить не брати до уваги показання свідків захисту, і заявила, що «державне обвинувачення вважає, що вина підсудної повністю доведена показаннями свідків, дослідженими доказами і висновками експертів». На завершення промови Л.Фролова виголосила позицію Генеральної прокуратури України: «За результатами судового розгляду просимо суд визнати Тимошенко Юлію Володимирівну винною, з урахуванням суспільної небезпечності і ступеня тяжкості злочину просимо призначити покарання у виді позбавлення волі строком на 7 років без права у подальшому обіймати державні посади протягом трьох років».

Зверну увагу на те, що КПК не визначає вимог до змісту промов у судових дебатах. Ці вимоги визначаються у доктрині кримінальнопроцесуального права та у правозастосовчих орієнтирах судової практики і мають рекомендаційний характер. Зокрема, В.М. Трофименко пише, що при всіх відмінностях позицій учасників дебатів можна вказати на певне коло питань, які аналізуються в промовах, до числа яких відносяться, зокрема, аналіз і оцінка зібраних і досліджених у справі доказів, кваліфікація (юридична оцінка) діяння підсудного і пропозиція про визнання підсудного винуватим (невинуватим), про кваліфікацію діяння, вчинення якого ставиться в вину підсудному, про вид і розмір покарання або про звільнення від покарання. *(Кримінальний процес: підручник / За ред. Ю.М. Грошевого та О.В. Капліної. – Х.: Право, 2011. – С. 411-412).*

Принцип вільної оцінки доказів. Внутрішнє переконання

Одним із визначальних принципів кримінального судочинства є принцип вільної оцінки доказів, який полягає у тому, зокрема, що слідчий, прокурор і суд оцінюють всі наявні докази за своїм внутрішнім перевиконанням, заснованим на всій сукупності

обставин справи, і не обмежені при здійсненні такої оцінки ніякими формальними розпорядженнями. До принципів вільної оцінки доказів відносяться, зокрема, принцип всебічності, повноти і об'єктивності оцінки доказів з позиції принципу презумпції невинуватості підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. (Див.: Коваленко Є.Г. *Теорія доказів у кримінальному процесі України: Підручник*. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – с. 261).

Статтею 67 КПК встановлено, що суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи у їх сукупності, керуючись законом.

На практиці цілями досудового слідства, абстрагуючись від мотивів, які обумовлюють такі цілі, можуть бути: 1) спрямованість на одержання доказів на обґрунтування попередньо визначеної кримінальноправової оцінки дій обвинуваченого, яка вказана у постанові про притягнення як обвинуваченого. У цьому разі всі зусилля досудового слідства спрямовуються саме на отримання доказів, які підтверджують пред'явлене обвинувачення, а докази, які його не підтверджують чи спростовують, не беруться до уваги, відкидаються (не враховуються); 2) спрямованість на досягнення об'єктивної істини у порушеній кримінальній справі – збирання доказів, які як підтверджують пред'явлене обвинувачення, так і спростовують його. *постанови*

Із наведеного тексту ст.67 КПК слідує, що внутрішнє переконання зазначених осіб при оцінці доказів має бути сформоване, перш за все, об'єктивною, неупередженою, незапрограмованою, незаангажованою оцінкою доказів.

Прокурор беззастережно, безапеляційно стверджував, що в ході (під час) судового слідства знайшли підтвердження всі докази, зібрані досудовим слідством, що свідчать про доведеність винності Тимошенко Ю.В. у вчиненні злочину, склад якого передбачений ч.3 ст.365 КК, а саме вчинення нею перевищення влади та службових повноважень шляхом (у формі) видання одноособово акта, який міг бути виданий лише колегіально (колегіальним органом, яким є Кабінет Міністрів України). Проте при цьому прокурор не згадує про те, чи базується такий його висновок (твердження) на його власному переконанні, чи він має на увазі, що мета досягти певного результату,

поставлена перед досудовим слідством, досягнута. Висновок прокурора, на мій погляд, суперечить елементарним правилам формальної логіки, оскільки не можна вчинити одноособово те, чого не може вчинити і колегіальний орган, оскільки таких повноважень він не має. Прокурор же вважає правильною версію досудового слідства, що Кабінет Міністрів України був наділений повноваженнями дачі (затвердження) директив суб'єктам господарювання, в той час як Кабінет Міністрів України таких повноважень не має.

Зміст вироку

11 жовтня 2011 р. суддя Печерського районного суду м. Києва Кіреєв Р.В. проголосив вирок у справі за обвинуваченням Тимошенко Ю.В. у вчиненні злочину, передбаченого ч.3 ст. 365 КК України, згідно з яким Тимошенко Ю.В. визнана винною у вчиненні злочину, передбаченого ч.3 ст. 365 КК України, і призначив їй покарання у виді позбавлення волі на строк 7 (сім) років з позбавленням права обіймати посади в органах державної влади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків на строк 3 (три) роки.

Суд у вирокі не лише суттєво уточнив, а фактично змінив формулювання обвинувачення Тимошенко Ю.В., яке він визнав доведеним, – із формулювання обвинувачення, зазначеного у обвинувальному висновку, суд виключив вказівку на форму перевищення Тимошенко Ю.В. влади та службового становища, яке, як вважає орган досудового слідства, виразилось у тому, що Тимошенко Ю.В. одноособово вчинила дії, які могли бути вчинені лише колегіально. При цьому у вирокі суд не обґрунтував підстави зміни ним обвинувачення, чим порушив імперативні вимоги кримінальнопроцесуального закону, встановлені ст. 334 КПК, згідно з якою в мотивувальній частині вироку у разі визнання частини обвинувачення необґрунтованою мають (повинні) бути наведені підстави для цього.

Мотивувальна частина вироку завершується таким висновком суду: «Аналізуючи всі досліджені в судовому засіданні докази по справі в їх сукупності, суд вважає, що підсудна Тимошенко Ю.В., затвердивши, всупереч вимогам ст.19 Конституції України, Регламенту Кабінету Міністрів України, одноособово директиви делегації НАК

«Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладення Контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 року по 2019 рік, надавши голові правління НАК «Нафтогаз України» Дубині О.В. вказівки щодо підписання контрактів на економічно не вигідних та неприйнятних для України умовах та вручивши йому зазначені директиви, обов'язкові для виконання, повідомивши йому недостовірну інформацію про те, що положення вказаних директив затверджені 19 січня 2009 року відповідним розпорядженням Кабінету Міністрів України, умисно використала надані їй владу та службові повноваження у злочинних цілях та вчинила дії, які явно виходять за межі наданих їй прав та повноважень, що спричинило тяжкі наслідки, тобто злочин, передбачений ч. 3 ст.365 КК України».

У вирокі зазначається, що «Тимошенко Ю.В., бажаючи використати кризову ситуацію, що утворилась після закінчення 1 січня 2009 року строку дії Контракту, укладеного між НАК «Нафтогаз України» і компанією «РосУкрЕнерго АГ» на постачання в Україну природного газу у 2008 році та припинення постачання газу до України та транзиту природного газу до країн Європи в особистих інтересах, діючи умисно, усвідомлюючи безпідставність та необґрунтованість вимог російської сторони на переговорах за її участю та участю керівництва Уряду Російської Федерації, ВАТ «Газпром» та НАК «Нафтогаз України» щодо підвищення вартості природного газу для України із залишенням незмінною ставки транзиту, бажаючи створити собі позитивний імідж ефективного керівника держави, який зміг розв'язати «газову кризу» у відносинах з Російською Федерацією напередодні президентських виборів в Україні, вирішила погодитись на вказані не вигідні для України умови та, у будь-який спосіб, у тому числі шляхом перевищення службових повноважень, забезпечити укладання контрактів між НАК «Нафтогаз України» та ВАТ «Газпром» купівлі-продажу та транзиту природного газу через територію України на період 2009-2019 років, безвідповідально ставлячись до наслідків своїх дій, допускаючи при цьому заподіяння майнової шкоди державі» (аркуш 3 вироку) *(при використанні положень вироку Печерського районного суду міста Києва у справі Тимошенко Ю.В. будуть зберігатись (відтворюватись) термінологія, стилістика і пунктуація вироку).*

Зміст вироку свідчить про те, що суд при постановленні вироку керувався (взяв до уваги) позицією прокурора, висловленою у промові у судових дебатах, що в ході судового слідства знайшли підтвердження всі докази, зібрані досудовим слідством. Єдине, чого не сприйняв суд, – це формулювання обвинувачення, сформульованого органом досудового слідства, виключивши вказівку на те, що перевищення влади та службових повноважень Тимошенко Ю.В. було вчинене «шляхом видання одноособового акта, який міг бути виданий лише колегіально».

Постанова Пленуму Верховного Суду України

У постанові ПВС України від 29 червня 1990 р. № 6 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку» звертається увага судів на те, що:

– в мотивувальній частині обвинувального вироку потрібно викласти весь обсяг обвинувачення, визнаного доведеним, а після цього докази, покладені судом в обґрунтування своїх висновків (абз. 1, 2 пункту 15);

– формулювання недоведеної частини пред'явленого підсудному обвинувачення з наведенням підстав, з яких воно визнається недоведеним, повинно бути викладено після доказів, якими обґрунтовано доведену частину обвинувачення (абз. 3 пункту 15);

– суду належить дати аналіз усіх зібраних у справі доказів, тобто всіх фактичних даних, які містяться в показаннях свідків, потерпілих, підсудних, у висновках експерта та інших джерелах доказів, які стверджують чи спростовують обвинувачення (абз.2 пункту 16);

– згідно з вимогами ст.323 КПК України в основу вироку можуть бути покладені лише достовірні докази, досліджені у судовому засіданні. При постановленні вироку суд, в умовах, що виключають будьяке втручання у вирішенні конкретних справ, за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом, повинен дати остаточну оцінку доказам з точки зору їх стосовності, допустимості, достовірності і достатності для вирішення питань, зазначених у ст.324 КПК України. Висновки суду щодо оцінки доказів належить викласти у вироку в точних і категоричних судженнях,

які виключали б сумніви з приводу достовірності того чи іншого доказу. Прийняття одних і відхилення інших доказів судом повинно бути мотивоване (пункт 17 постанови);

– додержуючи вимог ст.277 КПК України, суд повинен навести у вирокі мотиви зміни в суді пред'явленого підсудному обвинувачення (абз. 2 пункту 18 постанови);

– недопустимий обвинувальний ухил при вирішенні питання про винність чи невинність підсудного. Всі сумніви щодо доведеності обвинувачення, якщо їх неможливо усунути, повинні тлумачитись на користь підсудного (пункт 23 постанови).

Зміст вироку Печерського районного суду м. Києва свідчить про те, що майже всі наведені рекомендації Пленуму Верховного Суду України суддею Кіреєвим Р. або проігноровані, або використані лише частково: 1) для вироку характерний обвинувальний ухил; 2) виключена із формулювання обвинувачення його частина – вказівка на форму (спосіб) перевищення Тимошенко Ю.В. влади та службових повноважень – підстави виключення судом зазначеної частини обвинувачення у вирокі не наводяться; 3) суд не дав аналізу усіх зібраних у справі доказів, які спростовують обвинувачення; 4) відхилення окремих доказів, які спростовують обвинувачення, судом не мотивоване.

Своєрідність і оригінальність

Зміст вироку Печерського районного суду м. Києва щодо Тимошенко Ю.В. свідчить також про те, що він у сенсі вимог КПК до змісту обвинувальних вироків є, значною мірою, своєрідним і оригінальним, це проявляються в тому, що:

1. У вирокі не згадується позиція обвинувачення і не дається аналіз доказів обвинувачення з позиції їх належності, обґрунтованості, достовірності і допустимості.

У вирокі навіть не наводиться формулювання обвинувачення, пред'явленого досудовим слідством Тимошенко Ю.В. і підтриманого повністю Генеральною прокуратурою України.

2. У мотивувальній частині вироку наводяться, в основному, показання свідків, які ними давались під час судового слідства і які суд здебільшого без будьякого обґрунтування визнає правовими і достовірними. При цьому суд щодо показань окремих

свідків зазначає, що він бере до уваги їх показання, які ними давались на досудовому слідстві.

3. Вирок є, на мій погляд, «продуктом» інтелектуальної, творчої діяльності судді, який, абстрагуючись від матеріалів досудового слідства, побудував вирок і обґрунтував обвинувачення доказами, одержаними, в основному, під час судового слідства. *справи*

4. Судом фактично змінено формулювання обвинувачення, сформульованого органом досудового слідства, але підстави зміни обвинувачення у вирокі не зазначаються. У вирокі (його мотивувальній частині) обґрунтування зміни формулювання не міститься.

5. У вирокі відсутнє обґрунтування підстав відкидання судом певних доказів – суд обмежується зазначенням, що ним окремі докази, представлені захистом, або сприймаються критично, або суд не бере певні докази до уваги, зокрема показання окремих осіб, оскільки вони, на думку суду, не відповідають вимогам ст.65 КПК.

Визначальні питання

Для кримінальноправової оцінки дій Тимошенко Ю.В. визначальною і принциповою є відповідь на запитання: 1) яка роль Кабінету Міністрів України і Президента України, а також Президента та Уряду Російської Федерації у визначенні умов укладення договорів (контрактів) між НАК «Нафтогаз України» і ВАТ «Газпром» на поставки природного газу в Україну і транзиту природного газу територією України, зокрема визначенні його ціни; 2) який правовий статус урядових делегацій цих держав, які вели і ведуть нині переговори щодо визначення ціни на природний газ, який купується Україною; 3) в якому порядку і на підставі яких правових норм утворювалась делегація Уряду України для ведення переговорів з Урядом РФ щодо умов купівлі-продажу природного газу, його транзиту та ціни на газ і його транзит; 4) який правовий режим домовленостей між президентами України і РФ, керівниками урядів та урядовими делегаціями цих держав щодо ціни на природний газ, зокрема, чи є вони обов'язковими відповідно для НАК «Нафтогаз України» і ВАТ «Газпром» при підписанні ними договорів (контрактів) поставки природного газу на територію України та транзиту газу до країн Європи через територію України.

Зауважу, що у жодному законодавчому акті не міститься норм, які б давали відповідь на поставлені запитання. А договори на купівлюпродаж та поставки газу на територію України укладались і укладаються не між урядами України і Російської Федерації, а між суб'єктами господарської діяльності цих країн.

Показання свідка

У вирокі міститься виклад показань свідка Лівінського М.О., допитаного у судовому засіданні, який з грудня 2007 року по березень 2010 року працював на посаді керівника апарату Прем'єрміністра України Тимошенко Ю.В. Лівінський М.О. показав, що «16 січня 2009 року до нього звернулась служба Прем'єрміністра Російської Федерації з проханням організувати телефонну розмову Прем'єрміністра України та Прем'єрміністра Росії. Така розмова була організована і він був присутній у кабінеті Прем'єрміністра при частині розмови, в якій йшлося про те, що Президентом Російської Федерації Медведєвим організовано конференцію, але Тимошенко Ю.В. запросив особисто Прем'єрміністр Російської Федерації Путін В.В. і він повідомив, що він би дуже хотів, щоб Україна була представлена на конференції, оскільки інші споживачі російського газу будуть на цій конференції присутні. Путін В.В. повідомив, що в рамках цієї конференції він бачить можливим провести переговори на рівні урядів двох держав, з метою врегулювання кризової ситуації з постачанням газу до України та його транзиту до країн Європи поза самітом, перед або після саміту. Тимошенко Ю.В. *порадилась з міністром палива та енергетики України Проданом Ю.В., і з іншими членами уряду та було прийняте рішення готувати делегацію до Російської Федерації* (виділено мною – П.А.) на суботу на 17 січня 2009 року для участі у саміті глав держав і урядів з питань енергетичної безпеки та постачання російського природного газу з Росії до європейських країн, а також на переговори міжурядові, які мали відбутися теж 17 січня 2009 року, або перед самітом, або після. Він займався підготовкою поїздки української делегації. Наступного дня 17 січня 2009 року в суботу, Українська делегація на чолі з Прем'єрміністром України відлетіла до Москви. У складі делегації були з членів уряду: Тимошенко Ю.В., Немиря Г.М., Продан Ю.В., а також керівники НАК «Нафтогаз Україна». Після проведення саміту в Москві відбулись переговори української та

російської сторони, за наслідками яких обидві сторони дійшли до базових рішень, які дозволяли розв'язати тривалу і важку газову кризу, що є фундаментом і підґрунтям для підготовки і підписання контрактів. *Прем'єрміністри обох країн на пресконференції дали доручення керівникам господарюючих суб'єктів розробити, погодити, виписати, обов'язково завізувати, все зробити, підготувати проекти контрактів до 19 січня 2009 року, які повністю вирішують весь комплекс проблем і поставки газу, і транзиту газу, і ціни на газ* (виділено мною – П.А.). Контракти треба було виписати, підготувати у термін до 19 січня 2009 року. У Москві для продовження переговорів, за вказівкою Тимошенко Ю.В., залишились міністр палива та енергетики України та делегація НАК «Нафтогаз України». Решта делегації відбула до Києва. Вранці 19 січня 2009 року урядова делегація на чолі з Прем'єрміністром України Тимошенко Ю.В. відбула до Москви. Перебуваючи у будинку Уряду Російської Федерації 19 січня 2009 року Тимошенко Ю.В. попросила його надати їй матеріали поїздки, звідти вона вийняла доручення і вийняла документ – Директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контракту купівліпродажу природного газу в 2009-2019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки. Директиви Тимошенко Ю.В. показала Дубині О.В., який ознайомився з документом, після цього вона віддала документ Продану Ю.В., який перечитав директиви, підписав їх та передав голові правління НАК «Нафтогаз України» Дубині О.В.» (аркуші 4041 вироку).

Наведені показання Лівінського М.О. свідчать про те, що рішення про утворення урядової делегації для проведення 19 січня 2009 р. переговорів з делегацією Уряду РФ приймалось, очевидно, ситуативно і оформлялось, очевидно, протокольним рішенням, а не розпорядженням КМ України.

Регламентом Кабінету Міністрів України, затвердженим постановою КМ України від 18 липня 2007 р. № 950, встановлено, що Кабінет Міністрів з окремих питань, вирішення яких не потребує прийняття актів Кабінету Міністрів, може приймати рішення, що фіксуються в протоколі засідання (протокольні рішення), які доводяться до виконавців у формі витягів з протоколу засідання протягом одного робочого дня з моменту підписання протоколу (§ 21, ч.2 § 25).

Науковоконсультативні висновки

У вироку зазначається, що «в ході розгляду справи сторона захисту обґрунтовувала невинуватість Тимошенко Ю.В. у вчиненні інкримінованого їй злочину посиленням на те, що підсудна, обіймаючи посаду Прем'єрміністра України, дала доручення Міністру палива та енергетики України Продану Ю.В. довести до відома делегації НАК «Нафтогаз України» її доручення у формі Директив делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки. Підсудна неодноразово стверджувала в суді про те, що вона видала доручення Прем'єрміністра України у формі Директив та вважає, що її доручення могли мати будьяку назву і зовнішню форму. В обґрунтування такого твердження підсудна посиляється на науковоконсультативний висновок (попередній) завідувача кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, професора Андрушко П.П. з питань, що містяться у запиті приватного адвоката Сухова Ю.М. від 23 серпня 2011 року щодо кримінальноправової оцінки дій Тимошенко Ю.В., пов'язаних із виданням 19 січня 2009 року директив Прем'єрміністра України (а.с.2844, т.27)» (аркуш 45 вироку).

Окрім зазначеного науковоконсультативного висновку, до справи був долучений і науковоконсультативний висновок щодо кримінальноправової оцінки дій окремих службових осіб, пов'язаних із здійсненням митного оформлення природного газу обсягом 11 млрд куб. м на підставі договорів, укладених 20 січня 2009 року між НАК «Нафтогаз України» та ВАТ «Газпром», підготовлений мною за запитом адвоката Сухова Ю.М.

У вироку зазначається, що суд критично сприймає доводи сторони захисту про те, що доказами, що виправдовують Тимошенко Ю.В., є, зокрема, надані мною і долучені до справи зазначені науковоконсультативні висновки.

У чому виражається критичність сприйняття правових позицій, викладених мною у названих висновках, судом у вироку не зазначається.

Правові позиції фахівців

Зауважу, що постановка питання про визнання/невизнання доказами у кримінальній справі правових позицій фахівців у певній галузі права, викладених ними у наувоконсультативних висновках у конкретних кримінальних справах, є взагалі некоректною. Такі правові позиції, а не самі висновки, в яких вони викладені, мають двояку юридичну природу: 1) вони є доктринальним тлумаченням норми (норм) КК України, що містить (містять) склад (склади) злочину (злочинів), вчинення кого (яких) ставляться в вину особі обвинуваченого, підсудного чи засудженого, тобто вони є, фактично, науковим чи науковопрактичним коментарем до відповідних конкретних норм кримінального закону; 2) вони є оцінкою доказів – фактичних даних, на підставі яких орган досудового слідства і суд встановили наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння та наявність у ньому або відсутність складу злочину, винність особи, яка вчинила це діяння, тобто вони є неофіційною, доктринальною кримінально-правовою кваліфікацією діяння, вчинення якого ставиться в вину особі.

Повноваженнями давати офіційну оцінку законності та обґрунтованості вироку Печерського районного суду міста Києва у справі за обвинуваченням Тимошенко Ю.В. у вчиненні злочину, склад якого передбачений ч.3 ст.365 КК України, наділені лише суди апеляційної і касаційної інстанцій, які, очевидно, і зроблять таку оцінку.

У даній статті мною буде дана оцінка, яка відображає мою особисту думку щодо обґрунтованості кримінальноправової кваліфікації органом досудового слідства, прокурором і судом дій Тимошенко Ю.В., оскільки моє прізвище як автора двох наувоконсультативних висновків та додатка до одного із них тричі згадується у вироку суду.

Згідно з вироком правові позиції, викладені мною у зазначених висновках, судом або сприймаються критично (аркуш 36 вироку), або ж «не можуть розглядатися як судова експертиза в розумінні статті 1 Закону України «Про судову експертизу» та ст.75 КПК України, оскільки в них фактично наведено дане вченим власне тлумачення законодавчих актів та дій підсудної, а тому вони не можуть бути прийняті судом як належні докази в розумінні ст.65 КПК України» (аркуш 48 вироку).

Наведений висновок суду заперечень не викликає.

Зверну увагу, що суд, незважаючи на критичне сприйняття правових позицій, викладених мною у зазначених висновках, фактично визнав обґрунтованим зроблений мною принциповий висновок, що Кабінет Міністрів України не наділений повноваженнями давати суб'єктам господарювання директиви щодо умов укладення ними господарських договорів, вилучивши із формулювання обвинувачення вказівку на форму (спосіб) перевищення Тимошенко Ю.В. влади та службових повноважень – вчинення одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіально. Водночас у вирокі декілька разів говориться про затвердження Тимошенко Ю.В. одноособово директив делегації НАК «Нафтогаз України» без уточнення, що такі директиви мали бути затверджені колегіально – Кабінетом Міністрів України.

Директиви

У вирокі зазначається, що «показання Тимошенко Ю.В. про те, що документ «Директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контракту купівліпродажу природного газу в 20092019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки» є додатком та частиною до її доручення міністру палива та енергетики України Продану Ю.В. спростовується дослідженими в судовому засіданні доказами, зокрема дослідженим в судовому засіданні документом «Директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладення Контракту купівліпродажу природного газу в 20092019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки», протоколом огляду від 18 квітня 2011 року підтверджується, що Тимошенко Ю.В., в порушення вимог ст.19 Конституції України, затвердивши одноособово ці директиви та скріпивши їх печаткою Кабінету Міністрів України, зобов'язала делегацію НАК «Нафтогаз України» на переговорах з ВАТ «Газпром» щодо укладення Контракту купівліпродажу природного газу в 20092019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки при підписанні Контракту купівліпродажу природного газу в 20092019 роках для споживачів України

керуватися умовами, викладеними в Директивах. Показаннями свідків Дубини О.В. та Діденко І.М., безпосередніх учасників переговорів у Москві та осіб, що підписали контракти з ВАТ «Газпром» на виконання одноособово затверджених Тимошенко Ю.В. директив, спростовується твердження про те, що Директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контрактів купівліпродажу природного газу та його транзиту в 2009-2019 роках були передані Проданом Ю.В. на виконання доручення Тимошенко Ю.В.» (аркуш 44 вироку). *Оскарження*

На думку суду

Перш за все, суд у вирокі зазначає, що «відсутність у Регламенті Кабінету Міністрів не означає, що Тимошенко Ю.В., обіймаючи посаду Прем'єрміністра України, була вправі порушувати вимоги статті 19 Конституції України та приймати рішення, які виходять за межі наданих їй повноважень та у спосіб, що не передбачений Конституцією України та законами України, видавати директиви, підстави, порядок та спосіб прийняття яких визначений Регламентом Кабінету Міністрів України, після чого на власний розсуд називати прийняті рішення дорученням Прем'єрміністра України. Доручення Прем'єрміністра України згідно вимог Регламенту Кабінету Міністрів України мали оформлятися як офіційний документ організаційно-розпорядчого характеру на спеціальному бланку. Директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контракту купівліпродажу природного газу в 2009-2019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки, одноособово затверджені Прем'єр-міністром України Тимошенко Ю.В., не оформлені на спеціальному бланку та адресовані ні членам Кабінету Міністрів, керівникам інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих держадміністрацій, а делегації НАК «Нафтогаз України». Доводи підсудної Тимошенко Ю.В. та захисників про не встановлення причинного зв'язку між виданням Тимошенко Ю.В. директив делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контракту купівліпродажу природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки та заподіянням шкоди, а також посилення на відсутність

збитків у НАК «Нафтогаз України» у 2009 році, повністю спростовується сукупністю досліджених судом доказів» (аркуші 4546 вироку).

Наявність причинного зв'язку між протиправними діями Тимошенко Ю.В. та нанесенням збитків, на думку суду, прямо встановлено сукупністю всіх досліджених судом доказів, які свідчать про те, що підписання контрактів між ВАТ «Газпром» та НАК «Нафтогаз України» від 19 січня 2009 року купівліпродажу природного газу у 20092019 роках та від 19 січня 2009 року про об'єми і умови транзиту природного газу через територію України на період 20092019 років всупереч умовам Угоди між КМ України і Урядом Російської Федерації про додаткові заходи щодо забезпечення транзиту природного газу по території України від 4 жовтня 2001 року (ратифікованої згідно із Законом України від 15 листопада 2001 року № 2797ІІІ) відбулось виключно у зв'язку з протиправними, одноособовими діями Тимошенко Ю.В. щодо видання та затвердження директив делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання Контракту купівліпродажу природного газу в 20092019 роках та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки.

Кримінальноправова оцінка дій Ю.В. Тимошенко

Зверну увагу ще на один принциповий момент. У вирокі суду зазначається, що Тимошенко Ю.В., затвердивши директиви <...> надавши голові правління НАК «Нафтогаз України» Дубині О.В. вказівки щодо підписання контрактів на економічно не вигідних та неприйнятних для України умовах та вручивши йому зазначені директиви, обов'язкові для виконання, повідомивши йому недостовірну інформацію <...> умисно використала надані їй владу та службові повноваження у злочинних цілях та вчинила дії, які явно виходять за межі наданих їй прав та повноважень, що спричинило тяжкі наслідки, тобто злочин, передбачений ч. 3 ст.365 КК України.

Згідно з диспозицією ч.1 ст. 365 КК України, перевищення влади або службових повноважень – це умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень, якщо вони завдали істотної шкоди охоронюваним

законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб.

Кримінальноправова оцінка дій Тимошенко Ю.В. мною вже здійснювалась (давалась) у науковоконсультативному висновку (попередньому) за запитом адвоката Сухова Ю.М., з яким читачі мали і мають можливість ознайомитись, а дехто, можливо і читав його. При цьому така оцінка здійснювалась лише у межах оцінки фактичних даних, викладених у обвинувальному висновку, та оцінки доказів, які органом досудового слідства наводяться в обґрунтування пред'явленого Тимошенко Ю.В. обвинувачення – вчинення нею перевищення влади та службових повноважень шляхом (у формі) одноособового вчинення дій, які можуть бути вчиненні лише колегіально, які спричинили тяжкі наслідки у вигляді завдання державі в особі НАК «Нафтогаз України» матеріальних збитків, які більше ніж у двісті п'ятдесят разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Проте, оскільки зазначений висновок був попереднім, окремі його положення потребують докладнішої конкретизації, додаткової аргументації (обґрунтування), що я намагатимусь зробити у цій статті.

Зауважу, що висновки з правових питань, які надаються фахівцями в певних галузях права, відображають позицію (точку зору) з цих питань саме того фахівця чи колективу фахівців, які здійснюють особисто, від свого імені оцінку певних фактів. Такі висновки не можуть вважатись ні офіційними, ні експертними, оскільки чинне законодавство не передбачає такого виду експертизи (експертного дослідження), як правова. Позиція автора (авторів) зазначених висновків не є обов'язковою для врахування правозастосовчим органом (органом досудового слідства, прокурором, судом), але вона може враховуватись ним при прийнятті відповідного процесуального акта. Тому і згадуваний висновок, який був підготовлений мною, також не є ні офіційним, ні експертним, оскільки у ньому відображена моя власна позиція щодо оцінки на основі положень теорії кримінального права та правозастосовчих орієнтирів Верховного Суду України дій Тимошенко Ю.В., які органом досудового слідства кваліфіковані як злочин, склад якого передбачений ч. 3 ст. 365 КК.

Правові позиції фахівців з питань кримінального та кримінальнопроцесуального права, які також відображають їх власну позицію чи позицію авторського колективу, що використовуються і враховуються правозастовувачами, викладаються у науково-практичних коментарях до Кримінального та Кримінальнопроцесуальних кодексів, які представляють собою доктринальне тлумачення норм названих кодексів з урахуванням судової практики. Думки (позиції) фахівців є, образно кажучи, своєрідними «консультаціями» для правозастовувачів, допомагають (сприяють) прийняттю законного, обґрунтованого рішення у конкретній кримінальній справі.

Імперативні положення

Спочатку, як видається, варто акцентувати увагу на декількох імперативних положеннях, окремі з яких можна (слід) вважати юридичними презумпціями, Конституції України, кримінального та кримінальнопроцесуального права:

- Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого Кримінальним кодексом України (ч. 1 ст.2 КК України).

- Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 2 ст. 2 КК України; ч. 1 ст. 62 Конституції України).

- Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь (ч. 1 ст. 62 Конституції України). *про порушення*

- Норма, сформульована у ст. 365 КК України – перевищення влади або службових повноважень, – є так званою бланкетною нормою, тобто нормою, зміст якої може бути розкритий лише за допомогою положень регулятивного законодавства, тобто нормативних актів інших галузей права, на які обов'язково має бути посилення у процесуальних документах (обвинувальному вироку, ухвалі чи постанові суду).

- Мотивувальна частина обвинувального вироку повинна містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, із зазначенням місця, часу, способу

вчинення та наслідків злочинів, форми вини і мотивів злочину. У цій частині вироку наводяться докази, на яких ґрунтується висновок суду, із зазначенням мотивів, з яких суд відкидає інші докази (ч. 1 ст. 334 КПК України).

Норма з бланкетною диспозицією

Норма, сформульована у ст.365 КК, є нормою з так званою бланкетною диспозицією. У мотивувальній частині Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19 квітня 2000 р. №брн/2000 зазначається, що бланкетна диспозиція кримінальноправової норми лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права, а основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст.

Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словеснодокументальною формою відповідної статті особливої частини Кримінального кодексу України і включає положення інших нормативноправових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язане визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності. Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає деталізацію відповідних положень інших нормативноправових актів, що наповнює кримінальноправову норму більш конкретним змістом. Зміни, що вносяться до нормативноправових актів інших галузей права, посилення на які містить бланкетна диспозиція, не замінюють словеснодокументальну форму кримінального закону. Така диспозиція кримінальноправової норми залишається незмінною. Кримінальний закон і за наявності нового конкретизованого іншими нормативноправовими актами змісту бланкетної диспозиції кримінальноправової норми не можна вважати новим – зміненим – і застосовувати до нього положення частини першої статті 58 Конституції України та частини другої статті 6 КК (КК 1960 р.).

Вказівка безпосередньо у ст.ст. 364, 365, 367 на наслідки у вигляді заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, які є об'єктами кримінальноправової охорони норм, сформульованих у цих статтях, вимагає точного встановлення, конкретизації і відображення у процесуальних документах, у тому числі у вирокі обвинувального висновку та суду, яким саме правам, свободам чи охоронюваним законом інтересам заподіяна істотна шкода, чи спричинено тяжкі наслідки, в чому вона конкретно виражається, а також обґрунтування, чому вона є істотною і чи є причинний зв'язок між шкодою та інкримінованим діянням особи.

Категорія службових осіб

Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення службового злочину, в тому числі за вчинення перевищення влади або службових повноважень, необхідно чітко і однозначно вказати у процесуальних документах, до якої категорії службових осіб відноситься особа у зв'язку із вчиненими нею діяннями, оскільки обіймання особою певної (конкретної) посади може бути пов'язане з виконанням нею як функцій представника влади, так і організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків (функцій).

Зверну увагу на те, що органи державної виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та службові (посадові) особи цих органів не мають права втручатися у здійснення господарської діяльності суб'єктами господарської діяльності у будь-яких формах, у тому числі і шляхом надання їм обов'язкових для виконання вказівок, розпоряджень, наказів, директив тощо. З позиції кримінального закону подібний вплив на діяльність суб'єктів господарювання, залежно від конкретного вияву такого впливу, може, залежно від конкретних обставин, кваліфікуватись як перевищення влади – вчиненням дій, виконання яких дозволяється тільки в окремих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов, або ж вчиненням дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти (підпункти «б», «ч» абз. 2 п.5 постанови ПВС України від 26 грудня 2003 р. №15), або ж як зловживання владою (ст. 364 КК України).

Визнаючи певну особу суб'єктом службового злочину, слідчий та суд має конкретно вказати, за якою ознакою він відносить таку особу до службової. У постанові про притягнення як обвинуваченого від 19 травня 2011 р. зазначається: «Таким чином, Тимошенко Ю.В., обіймаючи посаду Прем'єрміністра України, була представником виконавчої влади та виконувала організаційно-розпорядчі обов'язки, виходячи з обсягу наявних прав і обов'язків, тобто була службовою особою». Але у постанові не визначається, за якою саме ознакою Тимошенко Ю.В. була визнана службовою особою.

Повноваження Кабінету Міністрів України

Засновником НАК «Нафтогаз України» є держава в особі Кабінету Міністрів України, а акціонерами компанії є: держава в особі Мінпалиенерго – до прийняття в установленому порядку рішення про приватизацію майна компанії, та в особі Фонду державного майна України – після передачі йому акцій компанії, визначених для продажу згідно з прийнятим рішенням про приватизацію її майна; юридичні особи різних форм власності та громадяни, що набули права власності на акції компанії в процесі приватизації та на вторинному ринку цінних паперів (п. 5.2 статуту НАК «Нафтогаз України» в редакції, в якій він був чинним у січні 2009 р.).

Орган досудового слідства вважає, що перевищення влади та службових повноважень Тимошенко Ю.В. виразилось у тому, що вона одноособово вчинила дії, які могли бути вчинені лише колегіально, – затвердила директиви для НАК «Нафтогаз України» на ведення переговорів, укладення контрактів купівлі-продажу газу з ВАТ «Газпром», а також щодо умов таких контрактів, в той час як такі директиви, на думку органу досудового слідства, мали бути затверджені розпорядженням КМ України. Але, згідно із Законом «Про Кабінет Міністрів України» в редакції від 16 травня 2008 р. № 279VI, в якій він був чинним у січні 2009 р., Кабінет Міністрів України не був наділений повноваженнями затверджувати директиви суб'єктам господарської діяльності України на ведення переговорів та укладення контрактів із суб'єктами господарської діяльності інших держав. Абзацем 3 п.4 ч.1 ст.20 Закону «Про Кабінет Міністрів України» до повноважень КМ України у сфері зовнішньої політики відносилось забезпечення відповідно до закону про міжнародні договори **вирішення питань щодо укладення та**

виконання міжнародних договорів України (виділено мною – П.А.). Таким законом є Закон «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906IV, у статті 2 якого дається визначення міжнародного договору України – це укладений у письмовій формі з іноземною державною або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

Договори купівлі-продажу газу, що укладались і укладаються між НАК «Нафтогаз України» і ВАТ «Газпром», не є міжнародними договорами України, вони є господарськими договорами, що укладаються господарюючими суб'єктами суб'єктами господарської діяльності, а, отже, до компетенції (повноважень) саме КМ України не належить (не віднесено) давання директив щодо їх укладення та виконання.

Обвинувальний ухил

Органом досудового слідства фактично була висунута одна версія кримінально-правової оцінки дій Тимошенко Ю.В. – вчинення нею одноособово дій, які могли бути вчинені лише колегіально. Інші версії не висувались. А тому докази збирались, фактично, лише на підтвердження єдиної версії – обґрунтування винуватості Тимошенко Ю.В. у вчиненні перевищення влади і службових повноважень шляхом одноособового вчинення дій, які могли бути вчинені лише колегіально. Іншими словами, зусилля органу досудового слідства були спрямовані, в основному, для обґрунтування саме наявності в діях Тимошенко Ю.В. складу злочину перевищення влади або службових повноважень шляхом (у формі) вчинення нею одноособових дій, які можуть бути вчинені лише колегіально. Докази щодо невинуватості Тимошенко Ю.В. у вчиненні інкримінованого їй (яке ставиться їй у вину) діяння органом досудового слідства відкидались, не брались до уваги. Це, вважаю, свідчить про певну однобічність (односторонність) і упередженість досудового слідства. Згідно зі ст. 67 КПК, суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом.

Обвинувальний ухил, на мій погляд, має і вирок суду. Про однобічність і упередженість вироку, його обвинувальний ухил свідчить те, що судом відхилялись майже всі клопотання сторони захисту про виклик і допит свідків, долучення до справи певних документів, зокрема експертних висновків, показання свідків зі сторони захисту визнавались неналежними або не брались до уваги чи «критично сприймались судом».

Зміст обвинувального висновку свідчить про те, що орган досудового слідства вважає, що Кабінет Міністрів України був наділений правом (мав повноваження) давати НАК «Нафтогаз України» директиви щодо умов ведення переговорів і укладання договорів (контрактів) з ВАТ «Газпром». Відповідно до чинного у січні 2009 р. законодавства і положень статуту НАК «Нафтогаз України» жоден орган чи посадова (службова) особа не мали повноважень давати НАК «Нафтогаз України» вказівки (доручення, розпорядження, накази тощо) щодо умов укладання договорів (контрактів) з ВАТ «Газпром». Таких повноважень не мав і колегіальний орган – Кабінет Міністрів України. Це положення виключає взагалі постановку питання про вчинення одноособово якихось дій, які можуть вчинюватись лише колегіально, оскільки колегіальний орган не наділений законом повноваженнями вчинювати зазначені дії.

Відповідно до чинного у січні 2009 р. законодавства Кабінет Міністрів України мав повноваження давати директиви лише на ведення переговорів і укладення міжурядових міжнародних договорів – договорів, які укладаються від імені Уряду України. Такі директиви є обов'язковими для делегації чи представника України, уповноважених на ведення переговорів. Водночас на с.67 обвинувального висновку обґрунтовується правильна позиція, що оскільки згадуваною постановою КМ України від 15 грудня 2005 року № 1205 весь обсяг повноважень держави як власника корпоративних прав НАК «Нафтогаз України» передані Мінпаливенерго, Кабінет Міністрів України і уповноважені ним органи виконавчої влади можуть рекомендувати суб'єктам господарської діяльності тільки орієнтовні умови господарських договорів, тобто примірні договори, а у визначених законом випадках – затверджувати типові договори. Таким чином, між окремими положеннями обвинувального висновку є взаємовиключні суперечності.

Доручення Прем'єрміністра

Директиви, надані Тимошенко Ю.В., навіть якби вони були затверджені Кабінетом Міністрів України (який, як зазначалось, повноваженнями на їх затвердження не наділений), не були б обов'язковими для НАК «Нафтогаз України» щодо умов підписання (укладення) договорів (контрактів) з ВАТ «Газпром».

Водночас п.2 § 9 Регламенту Кабінету Міністрів України в редакції, чинній станом на січень 2009 р., було передбачено, що «Прем'єрміністр з метою спрямування, координації і діяльності членів Кабінету Міністрів, керівників інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих держадміністрацій дає доручення, обов'язкові для виконання зазначеними органами та посадовими особами. Доручення Прем'єрміністра оформляється як офіційний документ організаційно-розпорядчого характеру на спеціальному бланку і не пов'язане з розглядом поточної кореспонденції».

Доручення Прем'єрміністра, які ним могли даватись згідно з п.2 §9 Регламенту Кабінету Міністрів України в редакції, чинній станом на січень 2009 р., могли мати різну назву і зовнішню форму – бути у вигляді настанов, приписів, директив, вказівок.

Отже, Прем'єрміністр України, відповідно до Регламенту Кабінету Міністрів України, був наділений правом (повноваженнями) давати доручення в тому числі і у формі директив, членам Кабінету Міністрів України, в тому числі і міністру Мінпаливенерго, яке відповідно до постанови КМ України від 15 грудня 2005 р. № 1205 наділено повноваженнями з управління корпоративними правами держави стосовно НАК «Нафтогаз України» і з яким, відповідно до п.16 статуту НАК «Нафтогаз України» в редакції від 2 грудня 2009 р., компанія мала погоджувати укладення окремих видів договорів (контрактів). У статуті НАК «Нафтогаз України» в редакції, в якій він діяв до 2 грудня 2009 р., не містилось положення про те, що компанія мала погоджувати укладення окремих видів договорів (контрактів) з Мінпаливенерго. Це положення було включено до статуту НАК «Нафтогаз України» при затвердженні постановою КМ України від 2 грудня 2009 р. його нової редакції.

Видання Тимошенко Ю.В. директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладення контракту купівлі-продажу природного

газу в 2009-2019 роках та контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки» не може вважатись перевищенням влади та службових повноважень у формі вчинення одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіально, оскільки колегіальний орган – Кабінет Міністрів України – такими повноваженнями не наділений.

Таким чином, директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладання контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках та контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки, затверджені особисто Прем'єр-міністром України Тимошенко Ю.В. 19 січня 2009 р., надані нею в межах її службових повноважень. За своїм юридичним режимом зазначені директиви є: для Міпалівенерго – офіційним документом організаційно-розпорядчого характеру, обов'язковим для виконання, а для НАК «Нафтогаз України» – документом рекомендаційного характеру.

Повноваження Президента України

Виданим 26 лютого 2008 р. Президентом України Указом № 165/2008 було затверджено директиви делегації України на переговори з Російською Федерацією з питань переходу на прямі схеми співробітництва в газовій сфері. Частина 1 директив містила доручення (зобов'язувала) КМ України і НАК «Нафтогаз України» забезпечити результативний переговорний процес з Урядом РФ та ВАТ «Газпром» стосовно реалізації домовленостей Президента України з Президентом РФ щодо переходу на прямі схеми співробітництва у газовій сфері.

Відповідно до ч. 4 ст. 6 Закону «Про міжнародні договори України» повноваження на ведення переговорів і підписання міжнародних договорів України надаються а) щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені України – Президентом України; б) щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, – Кабінетом Міністрів України. Отже, Президент України названим Законом не наділений повноваженнями надавати повноваження на ведення переговорів і підписання міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, в тому числі і затверджувати персональний склад делегації чи представника України, яким

доручається ведення переговорів щодо підготовки тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його автентичності або підписання, а також відповідні директиви делегації чи представникові України. Такими повноваженнями наділений лише Кабінет Міністрів України.

Переговори делегації України з Російською Федерацією з питань переходу на прямі схеми співробітництва мали здійснюватись між КМ України і Урядом РФ, а також між НАК «Нафтогаз України» і ВАТ «Газпром». Результатом першого виду переговорів могло бути укладення не міжнародного договору від імені України, а міжнародного договору, укладеного від імені Уряду України.

Отже, Президент України не мав повноважень на затвердження Указом від 26 лютого 2008 р. № 165/2008 директив делегації України (Кабінету Міністрів України і НАК «Нафтогаз України») на переговори з Російською Федерацією з питань переходу на прямі схеми співробітництва в газовій сфері, і, перш за все, затверджувати (надавати) такі директиви НАК «Нафтогаз України». Проте орган досудового слідства вважає, що названі директиви були обов'язковими при проведенні переговорів і для КМ України, і для НАК «Нафтогаз України».

Юридичне значення інформації. Належність і документальність доказів

Зверну увагу на окремі положення обвинувального висновку, які наводяться в обґрунтування наявності в діях Тимошенко Ю.В. тих чи інших ознак складу злочину перевищення влади або службових повноважень.

У першому абзаці постанови про притягнення особи як обвинуваченого від 19 травня 2011 р. та першому абзаці обвинувального висновку і в його резолютивній частині зазначається, що «у справі встановлено, що Тимошенко Юлія Володимирівна, будучи притягнутою у 2005 році до кримінальної відповідальності на території Російської Федерації за вчинення злочину, передбаченого частиною 3 статті 33 і частиною 2 статті 291 Кримінального кодексу Росії (організація давання хабара, вчинене повторно), що відповідає частині 3 статті 27 і частині 2 статті 369 Кримінального кодексу України, на шлях виправлення не стала та, перебуваючи на посаді Прем'єр-

міністра України, у січні 2009 року вчинила тяжкий злочин у сфері службової діяльності».

Виникає запитання, яке юридичне значення зазначеної інформації? Поперше, згідно зі ст.ст.7, 9 КК, правове значення може мати не факт притягнення громадянина України до кримінальної відповідальності за вчинення злочину за її межами, а винесення щодо нього обвинувального вироку в іншій державі. При цьому може бути врахований лише вирок суду іноземної держави, якщо громадянин України був засуджений за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинив злочин на території України. Сам по собі факт притягнення особи до кримінальної відповідальності в іншій державі жодних правових наслідків не породжує.

Обґрунтування у постанові від 19 травня 2011 р. та в обвинувальному висновку наявності в діях Тимошенко Ю.В. окремих ознак складу злочину, передбаченого ст.365 КК, є нічим іншим, як міркуваннями слідчого, його припущеннями щодо їх наявності, а не доказами (належними, достовірними і допустимими).

Зокрема, в обвинувальному висновку (с.56) стверджується, що «Прем'єрміністр України Тимошенко Ю.В., діючи умисно, в особистих інтересах, усвідомлюючи безпідставність та необґрунтованість вимог російської сторони <...> бажаючи створити собі позитивний імідж ефективного керівника держави, який зміг розв'язати «газову кризу» у відносинах з Російською Федерацією, та одночасно довести свої попередні твердження про необхідність усунення з «газового ринку» як посередника у постачанні природного газу на Україні компанії «РосУкрЕнерго АГ», вирішила погодитись на вказані не вигідні для України умови та у будь-який спосіб, у тому числі шляхом перевищення службових повноважень, забезпечити укладання контрактів <...> безвідповідально ставлячись до наслідків своїх дій, допускаючи при цьому заподіяння майнової шкоди державі».

Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України

Слід звернути увагу на правову позицію Конституційного Суду України, який у мотивувальній частині рішення від 21 червня 2011 р. № 7рп/2011 у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності

Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про судоустрій і статус суддів», «Про Вищу раду юстиції» (справа про повноваження державних органів у сфері судоустрою), зазначив, що згідно з конституційними принципами поділу влади та незалежності суддів Президент України виконує певні функції, передбачені Конституцією України, які реалізуються через систему повноважень і їх складових, у тому числі й дискреційних».

Наведена правова позиція КС України означає, що повноваження службової особи, якою є і Президент України, можуть бути прямо і не визначені законом, але їх наявність може впливати із функцій службової особи, а також, що певні повноваження службової особи можуть бути дискреційними.

Наведене дає підстави для висновку, що видання Тимошенко Ю.В. вищезгаданих директив не є перевищенням нею влади чи/та службових повноважень у формі вчинення одноособово дій, які можуть вчинятися лише колегіально, оскільки КМ України не наділений правом на видання директив щодо ведення переговорів суб'єктами господарювання – резидентами і нерезидентами – і укладення ними контрактів, а директиви, видані Тимошенко Ю.В., мають двояке правове значення – вони були обов'язковими для Мінпаливенерго та його міністра, який був членом делегації по веденню переговорів і підпис якого міститься на директивах, і мали рекомендаційний характер для делегації НАК «Нафтогаз України».

У обвинувальному висновку не конкретизовано, які саме функції – представника влади чи організаційно-розпорядчі – виконувала Тимошенко Ю.В., видаючи зазначені директиви, що є обов'язковим. На с. 66 обвинувального висновку стверджується, що «Тимошенко Ю.В., обіймаючи посаду Прем'єр-міністра України, була представником виконавчої влади та виконувала організаційно-розпорядчі обов'язки, виходячи з обсягу наявних прав і обов'язків, тобто була службовою особою».

Як уже зазначалось, службова особа може бути визнана суб'єктом злочину, передбаченого ст.365 КК, не у зв'язку з тим, що вона обіймає певну посаду і наділяється у зв'язку з цим певними функціями та повноваженнями, а у зв'язку з тим, що нею вчинюються певні, конкретні дії, можливість вчинення яких обумовлюється займаною посадою, і ці дії явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень. Але

при цьому, при вчиненні конкретних дій, особа використовує або надану їй владу, або надані їй організаційно-розпорядчі обов'язки, тобто конкретні окремі дії не можуть бути вчиненими і з перевищеннями влади, і з перевищенням організаційно-розпорядчих обов'язків.

У обвинувальному висновку стверджується, що за займаною посадою Тимошенко Ю.В. завідомо знала, що директиви Кабінету Міністрів України приймаються виключно колегіальним рішенням більшістю складу уряду, а згідно із Законом України «Про Кабінет Міністрів України» та Регламентом Кабінету Міністрів України Прем'єр-міністр України не уповноважений одноосібно видавати директиви.

Як уже зазначалось, у Законі «Про Кабінет Міністрів України» взагалі відсутнє положення щодо видання Кабінетом Міністрів України будь-яких директив, в тому числі з приводу укладення договорів приватного характеру, тому наведене твердження слідчого є його власним тлумаченням норм названого Закону.

У обвинувальному висновку стверджується, що Тимошенко Ю.В. вирішила одноособово прийняти рішення щодо укладання вказаних договорів на вищезазначених умовах. Це твердження є необґрунтованим, оскільки рішення щодо конкретних умов укладання контрактів та їх підписання могло бути прийняте і фактично приймалось НАК «Нафтогаз України», а не Тимошенко Ю.В., якою лише видані рекомендації – директиви щодо бажаних конкретних умов укладання контрактів та визначені граничні, зокрема, цінові межі цих контрактів.

Мотиви і мета

Даючи оцінку мотивам і меті дачі (затвердженню) Тимошенко Ю.В. зазначених директив, орган досудового слідства вважає, що «своїми злочинними діями Тимошенко Ю.В. намагалась створити уявлення про нібито належну роботу очолюваного нею Кабінету Міністрів України, а підписання зазначених контрактів видати за свою особисту «перемогу» на переговорах із вказаного питання, забезпечивши покращення свого особистого іміджу в Україні та за її межами». Таке твердження є припущенням органу досудового слідства, оскільки, поперше, контроль за діяльністю Кабінету Міністрів України є повноваженням Верховної Ради України (п.13 ч.1 ст.85 Конституції

України). Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України та підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених у статтях 85, 87 Конституції України (ч.2 ст.113 Конституції України). Визнати роботу Кабінету Міністрів України належною чи неналежною може лише Верховна Рада України, а не слідчий у обвинувальному висновку, що він фактично і зробив. Подруге, слідчим не розрізняються (змішуються) поняття «мотив» і «мета» злочину. Те, що слідчий називає мотивами, є не мотивами, а метою дій. При цьому зазначене твердження є особистим припущенням слідчого, не підтвердженим якимись доказами.

Необґрунтованим є твердження слідчого, що метою дій Тимошенко Ю.В. було також «довести свої попередні твердження про необхідність усунення з «газового ринку» як посередника у постачанні природного газу на Україну Компанії «РосУкрЕнерго АГ». «Усунення» компанії «РосУкрЕнерго АГ» з «газового ринку» передбачене Міжурядовим меморандумом між Урядом Російської Федерації та Кабінетом Міністрів України про співпрацю у газовій сфері, підписаним 20.10.2008 р., у якому зазначається, що сторони вітають встановлення з 01.01.2009 р. прямих довгострокових відносин між ВАТ «Газпром» та НАК «Нафтогаз України» з поставок газу в Україну в обсягах, що забезпечують баланс газу для споживачів України. У пункті 2 цього Міжурядового меморандуму сторони підтвердили прагнення до поетапного переходу протягом трьох років на ринкові, економічно обґрунтовані і взаємно погоджені ціни на імпортований природний газ для споживачів України і тарифи на транзит газу через територію України. Пунктом 3 Міжурядового меморандуму від 02.10.2008 р. сторони підтримали намір НАК «Нафтогаз України» виступати як єдиний імпортер всього обсягу природного газу, що поставляється для споживачів України, а згідно з пунктом 7 названого Міжурядового меморандуму від 02.10.2008 р. сторони погодилися, що вказані вище положення знайдуть своє відображення у комерційних контрактах між відповідними господарюючими суб'єктами.

Завдання збитків

Органом досудового слідства Тимошенко Ю.В. ставиться в вину завдання вчиненими нею діями – дачею директив НАК «Нафтогаз України» щодо умов укладання договорів (контрактів) з ВАТ «Газпром» – шкоди майнового характеру (збитків) «спричинення тяжких наслідків державі в особі НАК «Нафтогаз України» у вигляді збільшення витрат на придбання імпортованого природного газу для виробничотехнологічних потреб в обсязі 3,639 млрд куб. метрів на суму 194 625 386,70 доларів США, або 1 516 365 234,94 грн, необхідного для забезпечення нормальної газотранспортної системи по транзиті російського газу через територію України, та спричинення збитків на вказану суму, яка більше ніж у 250 разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян». Механізм спричинення збитків державі на вказану суму органом досудового слідства не визначений, як не визначений і розмір таких збитків. Обвинуваченням у вину Тимошенко Ю.В. ставиться завдання збитків не НАК «Нафтогаз України», а «державі в особі НАК «Нафтогаз України»». Однак НАК «Нафтогаз України» є суб'єктом господарської діяльності, а не державним підприємством, а тому мова може йти про заподіяння шкоди (збитків) НАК «Нафтогаз України», а не державі.

Орган досудового слідства своєрідно визначає учасників відносин у сфері господарювання – визнає таким безпосередньо державу, зазначаючи у обвинувальному висновку, що діями Тимошенко Ю.В. спричинені тяжкі наслідки державі в особі НАК «Нафтогаз України».

Держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання. Господарська компетенція органів державної влади та органів місцевого самоврядування реалізується від імені відповідної державної чи комунальної установи, а безпосередня участь держави, органів державної влади та органів місцевого самоврядування у господарській діяльності може здійснюватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України (частини 1, 3 ст. 8 ГК України).

Діяльність із видобування, придбання (закупівлі), постачання природного та скрапленого газу, створення та експлуатації транзитних міждержавних систем

природного газу здійснюється НАК «Нафтогаз України», а не державою чи органами державної влади.

Господарські договори з ВАТ «Газпром» на придбання та постачання природного газу в Україну та його транзит територією України укладаються не державою Україною в особі НАК «Нафтогаз України», а НАК «Нафтогаз України» від власного імені. Тому говорити про завдання збитків державі в особі НАК «Нафтогаз України», принаймні, некоректно. Органом обвинувачення могло б ставитись питання про завдання (спричинення) шкоди (збитків) НАК «Нафтогаз України», якою здійснюється зазначена господарська діяльність, але аж ніяк про заподіяння шкоди (збитків) державі.

Матеріальний склад злочину

Склади злочинів, передбачені ч. 1 та ч. 3 ст. 365 КК, є так званими матеріальними складами злочинів, тобто обов'язковими ознаками їх об'єктивної сторони, окрім самого діяння, є наслідки у вигляді шкоди, завданої об'єктам кримінальноправової охорони, альтернативно визначеним у диспозиції ч. 1 цієї статті, – охоронювані законом права та інтереси окремих громадян, державні інтереси, громадські інтереси, інтереси юридичних осіб –, та причиновий зв'язок між діянням службової особи і завданням шкоди зазначеним об'єктам кримінальноправової охорони.

Шкода – поняття цивільноправове. ЦК України виділяє два види шкоди: 1) майнова (ст. 22 ЦК) та 2) моральна (ст. 23 ЦК). Майнова шкода у ст. 22 фактично ототожнюється із поняттям збитків, хоч сама стаття і має назву «відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди».

При цьому у ст. 22 ЦК виділяється два види збитків: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки), та 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено.

Інших видів збитків, зокрема, визнання збитками збільшення витрат на придбання товарів (майна) за більш високими цінами ніж ті, за якими вони придбавалось раніше, ЦК України не називає.

Відповідно до ст. 225 ГК України збитками мають вважатися: а) вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена згідно з вимогами законодавства; б) додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншими суб'єктами, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; в) неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; г) матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

Зверну увагу на відсутність правозастосовних орієнтирів щодо визначення складу та розміру збитків у роз'ясненнях вищих судових інстанцій, зокрема у постановках Пленуму Верховного Суду України. У постанові ПВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15 не лише не міститься роз'яснень з цих питань, а й взагалі не згадується про необхідність встановлення причинового зв'язку між діями особи, яке визнається перевищенням влади або службових повноважень, та завдання ними шкоди, в тому числі у вигляді збитків.

Таким чином, ні ЦК України, ні ГК України до збитків не відносять додаткові витрати, понесені суб'єктом господарської діяльності, пов'язані із збільшенням вартості товарів, які ним придбаються.

У статтях 364, 365 та 367 КК під шкодою розуміється (мається на увазі) шкода в цивільноправовому розумінні – шкода майнова та шкода моральна (немайнова).

У доктрині (науці) цивільного та господарського права загальновизнаним є підхід, що незважаючи на не у всьому вдале формулювання дефініції реальних збитків у ст. 22 ЦК України, немає сумнівів, що останні можуть виражатися: у втратах, пов'язаних зі знищенням майна (фізична загибель речі); у втратах, пов'язаних з його пошкодженням (поломка, руйнування, інші якісні зміни речі, що викликають зниження її цінності внаслідок обмеження можливості використання за призначенням); у втраті майна як такої, що виражається, зокрема, у вигляді юридичної неможливості повернення речі до майнової сфери кредитора, чи внаслідок кількісного зменшення наявного майна; у проведених чи необхідно вимушених витратах щодо відновлення особою свого порушеного права. При цьому зазначається, що, однак, не будьякі витрати

кредитора вважаються реальними збитками та підлягають відшкодуванню – кредиторів компенсуються лише ті витрати, які ним вже були зроблені, внаслідок порушення його права, або ті, які особа мусить зробити, якщо вони будуть встановлені з розумним ступенем достовірності (*Цивільне право: підручник: у 2 т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – С. 375376*).

Причинний зв'язок

Істотна шкода та тяжкі наслідки можуть бути інкриміновані винному лише за наявності причинного зв'язку між його діянням (дією чи бездіяльністю) та настанням зазначених наслідків. Для цього необхідно встановити, що порушення службових обов'язків передувало настанню істотної шкоди чи тяжких наслідків, що це порушення було їх необхідною умовою і що службова особа усвідомлювала чи повинна була усвідомлювати розвиток причинного зв'язку, тобто те, що її діяння стало причиною настання зазначених наслідків (*Науковопрактичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 7ме вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1049*).

Загально визнаним є положення, що настання цивільноправової (як і кримінально-правової) відповідальності можливе лише у разі, якщо між протиправним діянням особи і шкодою (збитками) існує причинний зв'язок – зв'язок, що дає змогу визначити їх як причину та наслідок. Встановлення такого взаємозв'язку є обов'язковим при відповідальності за порушення будь-яких суб'єктивних цивільних прав, крім порушень, які не спричиняють шкоди (*Цивільне право: підручник: у 2 т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. СпасибоФатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – С. 378*).

Наведене, на мій погляд, свідчить про те, що органом досудового слідства не наведено належного обґрунтування (не наведено доказів) щодо: 1) наявності необхідного, прямого і безпосереднього причинного зв'язку між наслідками у вигляді тяжких наслідків державним інтересам, спричинених, за версією органу досудового слідства, діями Тимошенко Ю.В.; 2) визнання надання Тимошенко Ю.В. директив

таким діянням, що є одночасно перевищенням влади та службових повноважень; 3) визнання збільшення витрат на придбання імпортованого газу для виробничо-технологічних потреб збитками у цивільноправовому розумінні і наслідками (шкодою) у вигляді збитків у значенні, в якому цей термін вжитий законодавцем у примітці до ст. 364 КК України.

Отже, ставлення в вину Тимошенко Ю.В. завдання нею внаслідок надання НАК«Нафтогаз України» згадуваних директив збитків державі в особі «Нафтогаз України» у вигляді збільшення витрат на придбання імпортованого газу для виробничо-технічних потреб в обсязі 3,639 млрд. куб. метрів на суму 194 625 386, 70 доларів США, або 1516 365 234, 94 грн., необхідного для забезпечення нормальної діяльності газотранспортної системи по транзиту російського газу через територію України та спричинення збитків на вказану суму, яка більше ніж у 250 разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян не узгоджується з проаналізованими положеннями ЦК та ГК України щодо визначення поняття та складу збитків як одного із видів шкоди, а саме шкоди майнової.

Шкода (збитки) державі може бути заподіяна лише опосередковано – внаслідок недоодержання прибутку від господарської діяльності НАК «Нафтогаз України», зменшення податкових платежів, збільшення витрат на компенсацію збитків господарюючого суб'єкта тощо.

Конкретно не визначено

Органом досудового слідства в обвинувальному висновку конкретно і однозначно не визначено: 1) що саме перевищено Тимошенко Ю.В. – владу чи службові повноваження; 2) при виконанні яких саме функцій перевищено владу чи службові повноваження Тимошенко Ю.В. – функцій представника влади чи організаційно-розпорядчих функцій (обов'язків).

Відповідь на зазначені питання має принципове значення для кримінально-правової оцінки дій Тимошенко Ю.В. як таких, що містять/не містять складу злочину перевищення влади або службових повноважень, у формі одноособового вчинення службовою особою дій, які можуть бути вчинені лише колегіально, оскільки вжите у

статті 365 КК формулювання «перевищення влади або службових повноважень» свідчить про те, що службовою особою може бути перевищено, з позиції законодавця, або владу, або службові повноваження, а не те й інше одночасно. Органом же досудового слідства Тимошенко Ю.В. інкримінується одночасне перевищення нею і влади, і службових повноважень.

Наявність у діях особи конкретних ознак складу злочину, вчинення якого ставиться в вину обвинуваченому, повинно бути належним чином обґрунтовано, тобто ґрунтуватись на достовірних, належних і допустимих доказах.

Органом досудового слідства і судом не обґрунтована наявність причинового зв'язку між виданням Тимошенко Ю.В. зазначених директив та збільшенням витрат на придбання імпортованого газу для виробничотехнологічних потреб, які органом досудового слідства вважаються збитками, заподіяними державі. Як зазначалось, згідно із чинним законодавством та статутом НАК «Нафтогаз України», компанія як суб'єкт господарської діяльності відповідає за своїми зобов'язаннями всім належним їй майном, не відповідає за зобов'язаннями акціонерів, а акціонери не відповідають за зобов'язаннями компанії. Прем'єрміністр України не може нести відповідальності за результати господарської діяльності суб'єктів господарювання, в тому числі НАК «Нафтогаз України».

Органом досудового слідства і судом не обґрунтовано наявність в діях Тимошенко Ю.В. таких обов'язкових ознак складу злочину, передбаченого ст.365 КК, вчинення якого їй ставиться в вину, як діяння у вигляді перевищення влади або службових повноважень, наслідків у вигляді спричинення діями тяжких наслідків у вигляді завдання матеріальних збитків, що у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян, які згідно з п. 4 примітки до ст. 365 КК вважаються тяжкими наслідками, їх розміру, наявності причинового зв'язку між діями і наслідками, спричинення яких ставиться в вину Тимошенко Ю.В., мотивів і мети видання Тимошенко Ю.В. названих у тексті обвинувального висновку та вироку суду директив.

Обґрунтування органом досудового слідства наявності в діях Тимошенко Ю.В. складу злочину, передбаченого ст.365 КК, побудоване здебільшого на припущеннях,

міркуваннях і особистих судженнях слідчого, а не наведенням доказів, на яких ґрунтується обвинувачення.

На цю ваду обвинувачення звертає увагу і адвокат М. Сірий, який обґрунтовано зазначає, що «державне обвинувачення, пред'являючи й оголошуючи Тимошенко Ю.В. обвинувачення, застосувало недопустиму, непередбачену законом кримінальноправову конструкцію інкримінування у перевищенні влади та службових повноважень» (*Сірий Микола. Закон і порядок. Нотатки на полях// Дзеркало тижня. – 2011. – 24 вересня. – № 34.– с. 6*)

Однобічність і упереджаність

Зміст обвинувального висновку свідчить про певну неповноту, упередженість, однобічність досудового слідства.

Про однобічність і упередженість досудового слідства свідчить, зокрема, те, що органом досудового слідства не давалась оцінка (кримінальноправова кваліфікація) дій Тимошенко Ю.В. з позиції визнання їх злочинними/незлочинними з урахуванням (на підставі), зокрема положень ст. 39 КК України, в якій визначаються умови правомірності заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності, а також правових позицій теорії кримінального права та правозастосовної практики щодо визнання вчинених Тимошенко Ю.В. дій як таких, що вчинені за наявності таких обставин, що виключають злочинність діяння, як виконання службових обов'язків відповідно до закону, виконання закону.

Неупереджений аналіз (оцінка) доказів, наведених органом досудового слідства у обвинувальному висновку, які, як вважає орган досудового слідства, підтверджують обвинувачення Тимошенко Ю.В. у вчиненні злочину, склад якого передбачений ст. 365 КК, не дає підстав стверджувати, що органом досудового слідства доведено одержаними ним доказами обвинувачення Тимошенко Ю.В. у вчиненні нею перевищення влади та службових повноважень у формі (шляхом) видання нею одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіально, а саме перевищення влади та службових повноважень шляхом видання одноособово правового акта, який міг бути виданий лише колегіальним органом – Кабінетом Міністрів України, органом

досудового слідства не наведено: 1) доказів правового характеру щодо функціональних повноважень Прем'єрміністра України та їх перевищення у формі одноособового вчинення дій, які відповідно до законодавства та ненормативного правового акта – статуту НАК «Нафтогаз України» можуть здійснюватись лише колегіальним органом; 2) доказів правового характеру щодо визнання збільшення витрат на придбання природного газу для виробничотехнологічних потреб видом збитків матеріального характеру в їх цивільноправовому, господарськоправовому та кримінальноправовому значенні.

У обвинувальному висновку не наводяться правові позиції, викладені у відповідних нормативноправових актах (законах), згідно з якими Тимошенко Ю.В. вчинено перевищення влади та службових повноважень у формі одноособового вчинення дій, які можуть бути вчинені лише колегіально, внаслідок яких державі завдано (спричинено) матеріальні збитки у розмірі, який згідно з ч. 3 ст. 365 КК утворює тяжкі наслідки. Зокрема, у обвинувальному висновку відсутні посилання на конкретні статті Закону «Про Кабінет Міністрів України» у редакції, в якій він був чинним у січні 2009 року, чи якогось іншого закону, в яких містились положення щодо наявності у Кабінету Міністрів України повноважень давати директиви суб'єктам господарської діяльності щодо ведення переговорів та умов укладення ними договорів (контрактів) із суб'єктами господарської діяльності інших держав. Як уже зазначалось, Кабінет Міністрів наділений повноваженнями давати директиви, але лише в одному випадку – надавати директиви делегації чи представникові України на ведення переговорів щодо підготовки тексту міжнародного договору, який укладається від імені Уряду України, його прийняття, встановлення його автентичності або підписання.

При кримінальноправовій оцінці (кваліфікації) дій осіб, пов'язаних із виконанням ними професійних чи службових обов'язків, майже у всіх справах необхідно визначати обсяг їх функціональних повноважень та дотримання такими особами порядку вчинення певних діянь у процесі реалізації (здійсненні) функціональних повноважень. При цьому обов'язковим є посилання у процесуальних документах (актах) на конкретні статті, пункти, параграфи нормативноправових актів та документів, якими конкретно визначаються повноваження (права і обов'язки) відповідної особи та порядок їх

реалізації (здійснення). Такі посилання у обвинувальному висновку фактично не здійснюються.

Аналіз матеріалів справи, як вони викладені у обвинувальному висновку, та доказів, які наводяться органом досудового слідства, які, на його думку, підтверджують факт вчинення Тимошенко Ю.В. злочину, склад якого передбачений ч. 3 ст. 365 КК, дає підстави для висновку, що органом досудового слідства не наведено належних і достовірних доказів щодо наявності в діях Тимошенко Ю.В. складу злочину перевищення влади або службових повноважень у формі вчинення одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіальним органом, а тому в діях Тимошенко Ю.В. відсутній склад злочину, передбачений ст.365 КК України (у формі вчинення одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіально).

Це фактично визнав і суд, хоча у вирокі він цього не лише не зазначає, а й взагалі не згадує формулювання обвинувачення.

Яким має бути вирок суду

Наведені міркування щодо обґрунтованості і доведеності обвинувачення, пред'явленого Тимошенко Ю.В., стосуються найбільш суттєвих його вад (недоліків), які свідчать про недоведеність, на мій погляд, органом досудового слідства винності Тимошенко Ю.В. у вчиненні злочину, склад якого передбачений ч.3 ст. 365 КК. Це зобов'язувало суд дуже зважено підійти до оцінки доказів, які наводяться, як такі органом досудового слідства в обґрунтування наявності в діях Тимошенко Ю.В. зазначеного складу злочину.

Вирок суду повинен бути судом мотивований, а обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і постановляється лише при умові, коли в ході судового розгляду винність підсудного у вчиненні злочину доведена (частини 1, 2 ст. 327 КПК). Частиною 4 ст. 327 КПК встановлено, що у випадках, коли не встановлено події злочину або в діянні підсудного немає складу злочину, а також коли не доведено участі підсудного у вчиненні злочину, судом постановляється виправдувальний вирок. Мотивувальна частина обвинувального вироку повинна містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, з наведенням доказів, на яких ґрунтується

висновок суду, із зазначенням мотивів, з яких суд відкидає інші докази (ч.1 ст. 334 КПК). Вирок суду повинен бути законним і ґрунтуватися лише на тих доказах, які були розглянуті в судовому засіданні. Суд, керуючись законом, оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, яке має ґрунтуватися на всебічному, повному і об'єктивному розгляді судом всіх обставин справи в їх сукупності (ст. 323 КПК).

У науковоконсультативному висновку мною висловлювалось сподівання, що суд при постановленні вироку буде дотримуватись наведених імперативних положень норм КПК щодо постановлення вироку, його законності і обґрунтованості.

На завершення поставлю риторичні запитання : Яким буде вирок суду? Чим керуватиметься суд, постановляючи вирок: наведеними положеннями (імперативними) кримінальнопроцесуального закону, припущеннями, своїм внутрішнім переконанням, позицією обвинувачення чи іншими мотивами?