

5. Податковий кодекс України : Закон України від 2 груд. 2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.

6. Про державний бюджет України : Закон України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2246-19>.

**Ярмиш Наталія Миколаївна,**  
старший викладач відділу кримінально-  
правових дисциплін Національної  
академії прокуратури України, доктор  
юридичних наук, професор

### **РОЗБІЖНОСТІ ЗАКОНОДАВЧОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ПРАКТИКУ ЗАСТОСУВАННЯ АНТИКОРУПЦІЙНИХ СТАТЕЙ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Зміни, які останніми роками вносяться до антикорупційних статей Кримінального кодексу України (КК України), містять в собі безліч невиправданих, навіть, на нашу думку, шкідливих для протидії корупції положень, тому постійно піддаються справедливої критиці з боку науковців та практичних працівників. Дані тези висвітлюють невелику частину помилок та неточностей, припущених законодавцем, а саме: стосовно ознак антикорупційних статей «пропозиція» та «обіцянка» неправомірної вигоди. Насамперед ці ознаки стосуються так званих «активних» корупціонерів. Такими у науці називають осіб, які більш відомі як «хабародавці». Принагідно зауважимо, що цілком активними насправді можуть бути і «хабароодержувачі», а їх характеризують як корупціонерів «пасивних». Ці (нібито пасивні) корупціонери можуть бути й такими, що прохають чи вимагають неправомірну вигоду, тобто виступають ініціаторами відповідної події, проявляючи ще яку активність! Як буде показано нижче, слова «пропозиція» та «обіцянка» застосовуються у антикорупційному законодавстві й стосовно них.

Розпочнемо з визначення пропозиції та обіцянки у ч. 3 примітки ст. 354 КК України (яке поширюється на усі статті, де вони зазначені). Проте нагадаємо, що слова «пропозиція» та «обіцянка» щодо неправомірної вигоди з'явилися в антикорупційних статтях раніше, ніж вони були розтлумачені у самому кримінальному законі. Зауважимо, що відповідні слова з позицій філології є «звичайними», тобто такими, що здавна «живуть» в мові, а не створені спеціально для позначення якогось нового явища (останні, «штучні» слова називають термінами). Тому особливих труднощів щодо розуміння «пропозиції» та «обіцянки» не було. Обговорювалося в основному, чи правий законодавець, що визнав «хабародавцем», крім особи, яка надала неправомірну вигоду, ще й ту, що лише пропонувала чи пообіцяла її надати. А різницю між такими інформаційними діями майже

одноставно вбачали в тому, що той, хто пропонує неправомірну вигоду, – першим починає розмову про хабар, тобто є ініціатором події, а той, хто обіцяє – погоджується надати хабар, коли ініціатором є службова особа (чи інший відповідний суб'єкт). Як до такого розуміння ставилася судово практика, казати важко (відповідних вироків на той час виявити не вдалося), а прокурори (принаймні, ті що підвищують кваліфікацію) у суто теоретичному сенсі такий погляд цілком поділяли.

Проте незабаром у примітці ст. 354 КК України законодавець розтлумачив пропозицію та обіцянку на свій розсуд. Причому, з ознаками «пропозиції» все відбулося майже розумно, а у роз'ясненні «обіцянки» розсуду явно не вистачає. Адже й те, й інше виявилось «висловленням наміру» надати неправомірну вигоду. При цьому за законом «обіцянка» визнається, коли висловлення супроводжується «повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди». Відповідно до такого визначення пропозицією, як і обіцянкою, не є конклюдентні дії, адже це не «висловлення». Тому, якщо, побоюючись прослуховування, особа «натякає» про свій намір надати неправомірну вигоду жестами, – це не пропозиція. Не буде пропозиції й у випадку, коли особа мовчки кладе гроші на стіл службовій особі. Якщо остання відмовилася – слід констатувати замах на надання хабара (незакінчений злочин), а не пропозицію, яка створює злочин закінчений. Чи є в цьому здоровий глузд? Своєю чергою, не буде обіцянкою висловлення наміру надати неправомірну вигоду з вказівкою на час, місце, надання неправомірної вигоди, проте без уточнення способу (пам'ятаємо, що кожне слово закону – це закон; а в аналізованому визначенні відсутній розділовий сполучник «або»). Виникає риторичне питання: якщо обидві словесні дії – це виявлення наміру надати хабара – яка різниця, визнати це пропозицією чи обіцянкою? Як це може вплинути на призначення покарання? Можна припустити, що «обіцянка» є більш суспільно небезпечною поведінкою, ніж «пропозиція». Втім, чи дійсно, якщо не відбулося уточнення «способу» надання, таке «висловлювання» (а воно буде пропозицією) є менш небезпечним? Відповідь на порушені питання, здається, одна: логіку у наведених визначеннях відшукати вкрай важко. Мабуть, її й немає.

Покажемо, як це відбивається на практиці застосування кримінального закону. У Єдиному державному реєстрі судових рішень (Реєстр) міститься багато вироків щодо водіїв, які, аби запобігти адміністративному стягненню, пропонують працівникам дорожньої поліції хабара за те, щоб ці службові особи не фіксували відповідне правопорушення. Серед вироків зустрічаються і такі, де пропозицію неправомірної вигоди (закінчений злочин, передбачений ст. 369 КК України) визнають у разі, коли водій мовчки поклав гроші на капот поліцейського автомобілю, при тому, що інспектор їх негайно скинув, повідомивши водія, що той вчиняє злочин. З позицій здорового глузду,

це, звісно ж, пропозиція хабара. Але водій вчинив конклюдентні дії, а вони не відповідають законодавчому визначенню пропозиції як певному висловлюванню. Тому адвокат цілком може оспорювати такий вирок, доводячи з Кримінальним кодексом в руках, що в події вбачається лише замах на надання хабара. А це означатиме, що покарання такому водію «не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого покарання виду покарання, передбаченого санкцією статті...» (ч. 3 ст. 368 КК України). Як бачимо, такому правопорушнику «вигідніше» вчинити спробу надання хабара, ніж всього-лише висловити свій намір його надати. А це очевидний нонсенс.

Як вже йшлося, в КК України містяться ознаки «пропозиція» та «обіцянка» у зовсім іншому сенсі, ніж той, що зазначений у примітці ст. 354. Осередком відповідної інформації є горезвісна ст. 369-2 «Зловживання впливом». Нині (всупереч тому, що коїться на практиці) застосовувати цю статтю взагалі неможна внаслідок того, що її примітка відсилає до нечинного Закону України. Проте, якщо законодавець нарешті спроможеться виправити свою грубу помилку, стаття «оживе», й відповідні питання актуалізуються.

В ч. 1 статті 369-2, яка розрахована на «хабародавця», передбачені пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди в тому сенсі, якій зазначений в ст. 354. Проте там же йдеться, що інша сторона події у відповідь на пропозицію чи обіцянку в свою чергу «обіцяє (погоджується)» за таку вигоду вплинути на рішення особи, уповноваженої на виконання функцій держави (якщо такого погодження немає, дії суб'єкта ч. 1 ст. 369 створюють замах на відповідний злочин). Як бачимо, тут «обіцянки» має інший (до речі, більш адекватний) зміст.

Наслідки подвоєння змісту обіцянки є такими, що судді іноді намагаються тлумачити обіцянку саме у сенсі «погодження» і до потенційного «хабародавця», який всього-лише відповів згодою на прохання чи вимагання неправомірної вигоди з боку службової особи. При такому розумінні обіцянки погодження надати неправомірну вигоду службовій особі у відповідь на її «ініціативу» слід розглядати як закінчений злочин. Звісно, цьому можна протистояти, посилаючись на визначення ч. 3 ст. 354, але проблема є, й породжена вона саме неуважністю законодавця до власної термінології.

Ще одна проблема випливає з того, що частина 2 ст. 369-2 містить ознаку «пропозиція» й щодо дій «хабароодержувача». Там зазначена «пропозиція» здійснити вплив за надання неправомірної вигоди. Вже попередній системний аналіз відповідних норм дає змогу стверджувати, що в цьому контексті слово «пропозиція» означає те ж саме, що і «прохання» неправомірної вигоди в інших статтях (наприклад, у ч. 1 ст. 368). Однак навіть вкрай поглиблений аналіз не дає відповіді на питання, а що ж може означати обіцянка «хабароодержувача» здійснити за неправомірну вигоду відповідний

вплив? Адже в цій же ч. 2 ст. 369-2, тобто частині призначеній для того, хто «бере», йдеться й про прийняття ним обіцянки. Що це таке – інша «обіцянка» – залишається загадкою. Мабуть, розгадувати її на практиці й не доведеться, тому що у аналізованій частині статті зазначена якась «нежиттєздатна», абсурдна ситуація. Проте стосовно «пропозиції», аналогічної «проханню» проблеми є.

Аби переконатися в цьому, звернемося до ст. 368-4 КК України «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» та згадаємо, що тут припущена зовсім ганебна помилка. Через неохайність «правотворців» слово «прохання» щодо неправомірної вигоди потрапило не у ту, частину, де йому належало б бути (така ж помилка, як відомо, спостерігається й у ст. 368-3 КК України). За текстом ч. 1 цієї статті «прохати» неправомірну вигоду, виявляється, може та особа, яка прийшла, наприклад, до нотаріуса із своєю проблемою. Зрозуміло, це повний абсурд, такого у житті просто не буває, тому жодний хабародавець від цього не постраждає. Проте ж прохання не передбачено там, де йому належало б бути.

Уявимо ситуацію, коли той же нотаріус звертається до особи з пропозицією за хабар підробити на його користь заповіт. Вимагання неправомірної вигоди в цьому немає, оскільки тут не лише відсутня погроза законним інтересам особи, а навпаки, пропонується вчинити незаконні дії на її користь. Така поведінка нотаріуса цілком відповідає ознакам прохання. Але ж «прохання» у відповідній частині ст. 368-4 не зазначено. Що робити?

Особа, яка застосовує ст. 368-4, може розмірковувати таким чином: мабуть, слід розглядати відповідне звернення нотаріуса як незакінчений злочин? Якщо і порушувати таке питання, то лише стосовно наявності готування. Проте покажімо, що його тут немає. Заперечення проти злочинності зазначеної поведінки можливо з огляду на те, що готування до злочинів невеликої тяжкості не тягне кримінальної відповідальності. Однак цей аргумент стосується виключно тих частин «знівечених» ст. 368-4 та 368-3, які мають відповідну санкцію. Доводячи те, що готування в розглядуваній ситуації взагалі відсутнє, можна спиратися хоч і на заплутаний, проте все ж-таки закон.

Алгоритм міркувань є наступним. Слово «прохання», яке, наприклад, міститься у статті 368 КК України, в законодавстві не визначено. Але ч. 2 ст. 369-2 у тій частині, за якою відповідає «хабародавець», містить вказівку на пропозицію з боку цього суб'єкта вплинути на певну особу за надання винагороди. А це фактично є проханням неправомірної вигоди. Отже, прохання неправомірної вигоди та пропозиція її надати – це синоніми. Наступним кроком є звернення до визначення пропозиції. В ч. 3 примітки ст. 354 КК України вона розкривається стосовно потенційного хабародавця, а не хабароодержувача, проте слово «пропозиція» (якщо абстрагуватися від того, хто для чого та до кого звертається) тлумачиться як

«висловлення наміру». З цього випливає, що й прохання неправомірної вигоди, якщо воно не є ознакою диспозиції статті, слід розглядати саме як виявлення наміру. А такий етап передує навіть готуванню до вчинення злочину, тобто не створює злочинної поведінки. Підсумковий висновок: оскільки щодо нотаріуса та інших осіб, які надають публічні послуги, ознака «прохання» не передбачена, то його ініціатива, яка не є вимаганням, – некарана. Те ж саме стосується і відповідного суб'єкта ст. 368-3 (службова особа приватного права). Прохання хабара з боку відповідних суб'єктів залишається поза межами кримінально-правового реагування.

Можна було б припустити, що законодавець свідомо ставиться до зазначених суб'єктів лояльніше, ніж до інших (зокрема, до службової особи публічного права). Проте це спростовується тим, що ознака «прохання» опинилася в тих частинах статей, де їй аж ніяк не місце. Тому не викликає сумнівів, що відсутність «прохання» у належних частинах ст. ст. 368-3 та 368-4 КК України є саме законодавчою помилкою. На жаль, однією з багатьох.