

Ярмиш Наталія Миколаївна,

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

ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 368-4 КК УКРАЇНИ «ПІДКУП ОСОБИ, ЯКА НАДАЄ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ»

У 2011 році Кримінальний кодекс (КК) України був доповнений статтями 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» та 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги». Таким чином, у розділі XVII з'явився новий суб'єкт. Мабуть саме це можна розглядати як один з небагатьох позитивних моментів, що характеризують численні зміни, які «обрушилися» на КК України останніми часами (їх більшість за цілком обґрунтованими уявленнями науковців та практичних працівників не лише не сприяють протидії корупції, а, навпаки, гальмують відповідні процеси). З'явлення нового суб'єкта у розділі XVII КК України (що відбулося й на назві останнього, щоправда невдалої) поклало край спорам з приводу того, чи можна вважати службовими особами, зокрема, нотаріусів. Науковці практично одностайно стверджували, що незважаючи на те, що нотаріус, якій має підлеглих, є службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих функцій, коли він виконує суто професійні нотаріальні дії, жодної ознаки службової особи не має. Всупереч бездоганним науковим підходам, нотаріуси дуже часто притягувалися до кримінальної відповідальності по ст. 368 КК України, тобто службовими особами визнавалися. Принагідно зауважимо, що після набуття чинності статтями, де їх однозначно визнавали особами, які не є службовими, дії нотаріусів, засуджених за ст. 368 КК України масово перекваліфіковували на ст. 368-4 КК України. А це є безсумнівним порушенням закону, оскільки на момент вчинення відповідних діянь остання стаття не існувала, тобто таких нотаріусів необхідно було виправдовувати, визнавши засудження помилковим.

Офіційне визнання нотаріусів (принаймні у зв'язку із здійсненнями ними своїх суто професійних функцій) особами, що не є службовими безперечно є кроком, що розширив можливості протидії корупційним злочинам. Адже до цього відповідні дії фактично залишалися поза межами кримінально-правового реагування. До нотаріусів можна було застосувати ст. 354 КК України, проте її редакція того часу вкрай обмежувала цю можливість, оскільки

передбачала одержання незаконної винагороди винятково у державній сфері, у значному розмірі (два і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) та лише шляхом вимагання.

На жаль, додавши до КК України вказівку на нового суб'єкта – особу, яка надає публічні послуги, – законодавець не спромігся його визначити. У статтях, що стосуються відповідних осіб, наведені досить великі їх переліки, які містять вказівку, з якої зрозуміло, що ці переліки не є вичерпними. Зауважимо, що у статтях 365-2 та 368-4 приклади суб'єктів різні. До того ж, у ч. 1 ст. 368-4 в одному і тому же абзаці той, кому, надають неправомірну вигоду, зазначений спочатку як особа, що «проводить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», а поряд – така, що «надає публічні послуги». Подібні текстуальні розбіжності, звісно ж, у законі неприпустимі. Тим більше що законодавчого визначення таких осіб не існує. Й це при тому, що у п. б) ч. 2 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», де також містяться відповідні приклади, йдеться, що особами, що надають публічні послуги є й інші особи, нібито «визначені законом». Проте відшукати такий закон доки нікому не вдалося.

Наука доволі швидко впоралася з цієї проблемою: одразу ж були запропоновані визначення, суть яких зводиться до того, що публічні послуги – це такі, що тягнуть правові наслідки. До слова, якщо на заняттях з прокурорами доводиться виявлять їхню думку стосовно того, чим, наприклад, послуги перукаря відрізняються від послуг нотаріуса, після нетривалих роздумів вони самостійно приходять до такого ж висновку. Зрозуміло, висновок є наскрізним, стосується й інших суб'єктів, тобто відбиває загальні риси особи, яка надає публічні послуги. Проте, на превеликий жаль, таке, цілком логічне, визначення не є «легальним». А з цього випливає неправильна кваліфікація дій осіб, які одержують (приймають пропозицію, обіцянку) неправомірну вигоду за свої послуги, та разом й іншої сторони події.

Про це свідчить Єдиний державний реєстр судових рішень (далі – Реєстр). Серед численних вироків за ст. 368-4 КК України можна найти рішення щодо нотаріусів, аудиторів, оцінювачів, експертів арбітражних керуючих та інших осіб, які безпосередньо зазначені у ст. ст. 368-4 КК України. Проте ці статті не застосовуються до осіб, які у відповідних переліках відсутні.

Вочевидь суд не наважується самостійно вирішувати питання до інших осіб, які за здоровим глуздом також одержують хабаря за дії, які тягнуть правові наслідки (та осіб, які ним його надають). Принагідно зауважимо, що, хоча слово «хабар» вже не застосовується у КК України, у реальному житті те, що нині зазначено у ньому як «неправомірна вигода» нині усе одне надається як певні блага в їх матеріальному вигляді, тобто у

виді хабаря. Тому навіть у рішеннях Верховного суду України продовжує застосовуватися саме слово «хабар». Підхід судових та прокурорських органів щодо вирішення питання про те, хто така особа «що надає публічні послуги» є зрозумілим з позицій принципу міжнародного права та українського законодавства. Адже усі сумніви (а стосовно суб'єкта, зокрема ст. 368-4, вони, звісно, є у наслідок відсутності офіційного тлумачення) слід вирішувати на користь обвинуваченого. А його користь полягає у тому, аби суб'єктом статті «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» не бути визнаним.

У той же час, суди навіть не наводять аргументів щодо власних сумнівів. Й без них вони застосовують до осіб, які не зазначені у переліку ст. 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» статтю 354 КК України «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації». Адже за визначенням вона стосується працівника, «який не є службовою особою». Законодавець не спантелився вказати на те, що суб'єкт цього злочину не може бути також особою, яка надає публічні послуги, а для правозастосовників це слугує виправданням того, що вони без будь-яких пояснень застосовують цю статтю к працівникам, які не є службовими, якщо вони не виявили вказівку на них у відповідному переліку.

Тому Реєстр переповнений вироками, де статтю 354 застосовують до лікарів, які за гроші видають лікарняний лист здоровій людині. За цією же статтею відповідають лікарі-наркологи, що отримали хабаря за зняття з обліку. «Пересічними» працівниками, тобто суб'єктами ст. 354 КК України визнають й викладачів-хабарників, навіть тих, хто одержує «неправомірну вигоду» за успішну здачу державних іспитів. Звісно ж, така кваліфікація є справжнім «подарунком» для відповідних злочинців: ч. 3 ст. 354, призначена для «хабароодержувача» передбачає максимальне покарання до двох років позбавлення волі, а за злочин, передбачений відповідною частиною ст. 368-4 може бути призначене покарання як позбавлення волі на строк до п'яти років з обов'язковим позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Як бачимо, відсутність законодавчого визначення особи, яка надає публічні послуги, тягне за собою неадекватне вирішення питання щодо відповідальності осіб, дії яких тягнуть правові наслідки, якщо вказівка на них відсутня в переліку. Безумовно, одержання хабаря людиною з такими повноваженнями є більш небезпечним вчинком, ніж аналогічні дії «пересічного» працівника.

Повернувшись до ст. 368-4, підкреслимо, що, незважаючи на те, що має назву «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», вона поєднує в собі дії обох сторін події: частини 1, 2 призначені для «хабародавця», а

частини 3, 4 – для «хабароодержувача». Зрозуміло, що слово «підкуп» може стосуватися лише «хабародавця». А може и не стосуватися, оскільки диспозиція побудована таким чином, що охоплює не лише надання неправомірної вигоди за дії, що заздалегідь обумовлені, а й так званий «хабар-подяку», тобто надання винагороди після вчинення певних дій без попередньої домовленості про це. А вже отримання хабаря (ч. 3, 4 ст. 368-4) аж ніяк неможна назвати «підкупом». Відповідна законодавча безглуздість змушує науковців вигадувати такі ж нелогічні терміни: «пасивний» та «активний» підкуп.

Законодавча плутанина полягає й в тому, що у ч. 1 аналізованої статті відповідна особа називається й такою, що «провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», й такою, що «надає» публічні послуги. При цьому ч. 3 вказує лише на перший з цих «варіацій».

Не просто дивує, а й обурює те, що законодавець вже декілька років не виправляє ганебну помилку, яка міститься не лише в ст. 368-4, а й в ст. 368-3: ознака «прохання» неправомірної вигоди з явної неохайності законодавця потрапила не в ту частину, що призначена для «хабароодержувача», а навпаки, в ту частину, за якої відповідає особа, яка надає хабаря. Це вона з позицій законодавця може прохати «неправомірну вигоду» у того, до якого звертається зі своїми справами. Зрозуміло, що такого у житті бути просто не може, тому від цієї законодавчої помилки жоден «хабародавець» не постраждає. Проте ознака «прохання» відсутня там, де їй бути належить, тобто у диспозиціях чистин, за якими відповідає «хабароодержувач». А це є суттєвим недоліком. Тим більше, що, оскільки правозастосовники масово плутають «прохання» з вимаганням, то відсутність у відповідних диспозиціях ознаки «прохання» є додатковим фактором визнавати прохання у разі будь-якої ініціативи щодо одержання хабаря з боку особи, яка надає публічні послуги. Проте щодо розмежування прохання неправомірної вигоди та її вимагання – це тема окремої розмови.