

шлюбі, наявність малолітньої дитини (вирок колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду Запорізької області від 19 квітня 2016 р.); неодруженого, інваліда I групи загального захворювання (вирок Чемеровецького районного суду Хмельницької області від 03 квітня 2018 р.).

Отже, проведений аналіз судових вироків, постанов та ухвал за ст. 301 КК України дозволяє стверджувати, що цей злочин вчиняється за допомогою мережі Інтернет або з використанням її ресурсів, тому доцільно ст. 301 КК України викласти у новій редакції.

Ярмиш Н. М.,

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

ЧЕРГОВА ПРОБЛЕМА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ: ЗАКІНЧЕНА ПРОПОЗИЦІЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ЧИ ЗАМАХ НА ЇЇ НАДАННЯ?

Проблеми правозастосування, породжені непродуманим, непрофесійним втручанням законодавця у Кримінальний Кодекс (КК) України, є невід’ємною темою обговорення на будь-якому кримінально-правовому форумі. Дані тези присвячені висвітленню проблем, витоком яких є те, що у складах корупційних злочинів нині, поряд з «наданням» неправомірної вигоди, зазначені «пропозиція» та «обіцянка» її надання.

Заздалегідь домовимось, що неправомірну вигоду далі будемо іменувати хабарем, оскільки, з огляду на вирок з Єдиного державного реєстру судових рішень (далі – Реєстр), її, як і раніше, надають-одержують саме у матеріальному вимірі, тобто у вигляді хабара. Слово «хабар» застосовує у своїх рішеннях і Верховний Суд.

Відтворимо визначення пропозиції, яке надане у ч. 3 примітки ст. 354 КК України: «Під пропозицією у статтях 354, 368, 368-3 – 370 слід розуміти висловлення...наміру про надання неправомірної вигоди...». Зрозуміло, що такого висловлення достатньо, аби злочини, передбачені статтями (частинами статей), що призначені для «хабародавця», вважати закінченими. Ситуації будемо розглядати на прикладі ст. 369 КК України «Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі».

Вважаємо за необхідне обговорити питання про співвідношення пропозиції хабара з його наданням, а саме: чи потрібно при кваліфікації діяння згадувати пропозицію, якщо вона передувала наданню. Видається за доцільне реагувати на пропозицію засобами кримінального права лише у разі, якщо вона відбулася, а одержання – ні (зокрема, внаслідок відмови особи, до якої пропозиція спрямована). У випадку одержання хабара після

його пропозиції, вказувати на останню немає сенсу, оскільки вона є лише етапом на шляху до надання хабара.

Коли «пропозиція неправомірної вигоди» з'явилася у КК України, багато дослідників передрікали, що таке діяння фіксуватися у практиці якщо й буде, то вкрай рідко. Адже доводити пропозицію дуже важко, оскільки одержання цінностей тут не відбувається, певні матеріальні блага залишаються у потенційного хабародавця. Однак ці прогнози не виправдалися. Реєстр містить багато вироків, де злочин, якій ставлять у провину «хабародавцю», – саме пропозиція хабара. Типовими є вирок у справах, коли працівнику дорожньої поліції водій пропонує гроші, аби той не відреагував на порушення правил, а поліцейський взяти хабар відмовляється. Такі випадки трапляються доволі часто. Причому поліцейські навіть попереджують водіїв, що, пропонуючи гроші, вони вчиняють злочин, але, незважаючи на це, правопорушники продовжують наполягати на своєму, збільшуючи суму потенційної «винагороди». Все це фіксують відореєстратори, якими облаштовані автомобілі поліцейських, чим, звісно ж, процес доведення значно полегшується. Переважна кількість таких подій кваліфікується за ст. 369 КК України як закінчений злочин, вчинений у формі пропозиції неправомірної вигоди службовій особі державної (публічної) сфери.

Втім, те, що пропозиція хабара – окремий, самостійний вид діяння, передбачений (зокрема) у ст. 369 КК України, все-таки розуміють не всі особи, які застосовують кримінальний закон. Зустрічаються вирок, де пропозицію, яка відхилена службовою особою, кваліфікують як замах на надання, при тому, що жодних дій, спрямованих на надання, вчинено не було. Тобто як замах на надання розуміють саму пропозицію. Це неправильно, оскільки пропозиція – закінчений злочин. Якщо б вона не була зазначена у диспозиції статті, на неї взагалі не можна було б відреагувати. Пропозиція (якщо вона не включена до складу злочину) – не замах, і навіть не готування до надання хабара. Це – лише виявлення наміру, яке за ustalеними традиціями не має кримінально-правового значення (до слова, пропозиція і визначається в нинішньому законі саме як висловлення наміру, хоча й таке, що «зведено в ранг» закінченого злочину). Дійсно, до того, як в ст. 369 КК України з'явилася ознака «пропозиція», про вирок, де особу, яка лише запропонувала хабар, засуджували б за готування до його надання, навіть не доводилося чути.

Отже, пропозиція сама по собі є закінченим злочином. Проте з «наданням» – інша справа. Надання є закінченим не тоді, коли здійснений суто фізичний рух тіла (наприклад, гроші покладені на стіл службової особи), а коли відповідна особа одержала, прийняла її, тобто погодилася вчинити певні дії у разі хабаря-підкупу або не відмовилася від винагороди, якщо їй «дякують» за вже вчинені дії. Саме таку відповідь на питання щодо закінченні «надання» хабара підказує здоровий глузд. Дійсно, навряд чи хтось скаже «я надав чиновнику хабара», якщо останній від нього

відмовився. Адекватним буде у такому разі казати «я намагався надати хабара, проте – не вдалося». Цілком очевидно, що останній випадок слід кваліфікувати як замах на надання хабара. Водночас не можна обійти увагою що деякі правозастосовники такі уявлення ігнорують. В Реєстрі (хоча і нечасто) зустрічаються вироки, коли безуспішне намагання надати хабара кваліфікують як закінчене надання (навіть не згадуючи пропозицію, якщо вона була). Принагідно повідомимо, що існує й вирок, де відсутність закінченого надання неправомірної вигоди аргументують тією обставиною, що дії, за які особа надала неправомірну вигоду(а саме: «не складання протоколу про адміністративне правопорушення»), не були вчинені. Насправді для визнання того, що надання неправомірної вигоди відбулося, чи вчинила або ні інша сторона дії на користь «хабародавця», жодного значення не має. В розглядуваному вирокі надання неправомірної вигоди не можна вважати закінченим тому, що не відбулося одержання. Вочевидь, випадки визнання надання хабара закінченим без його одержання зустрічалися (хоча і не часто) завжди. Мабуть, саме тому Пленум Верховного Суду України ще у п. 10 Постанови «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 року №5 акцентував: «Злочини, передбачені статтями 368, 369 КК, вважаються закінченими з моменту, коли службова особа прийняла хоча б частину хабара. У випадках, коли вона відмовилася прийняти запропоновані гроші, цінності, послуги, дії того, хто намагався дати хабар, належить кваліфікувати як замах на його давання».

За чинним законом, якщо наданню передувала пропозиція, незважаючи на те, що одразу ж відбулася невдала спроба надати хабара, є підстави кваліфікувати діяння як закінчений злочин за ознакою «пропозиція неправомірної вигоди».

Висловлюється думка, що будь-яке надання хабара само по собі свідчить про намір його надати. Проте, якщо розглядати кожне надання хабара одночасно і як його пропозицію, то незакінчене надання можна тлумачити як закінчену пропозицію, а з таких позицій злочин, передбачений ст. 369, завжди буде закінченим.

Аби розібратися, чи дійсно це так, необхідно уважно прочитати кожне слово з визначення пропозиції та акцентувати увагу на тому, що в ньому йдеться не про «виявлення», а про «висловлення» наміру надати неправомірну вигоду. Тобто за законодавчим визначенням, намір має бути сформульований саме словами. Словесна форма передачі інформації може бути як усною, так і письмовою, проте її не можна плутати з конклюдентними діями, тобто певним поведінням (включаючи жестикуляцію), за яким можна отримати уявлення про намір особи.

Якщо розмірковувати саме так, тобто відповідно до букви закону, у разі, коли невдалій спробі хабара передувало виявлення наміру її надати, проте не в словесній формі, слід вважати, що пропозиція відсутня, а надання не відбулося з причин, що службова особа відмовилася отримати хабар. А це – замах на надання. Виходячи з цього, якщо службова особа не отримала

хабар, якій їй намагалися надати, злочин, передбачений ст. 369, можна вважати закінченим лише у разі, якщо спробі надання передувало виявлення наміру саме в словесній (усній або письмовій) формі. Якщо ж цього не було, жодна виразна жестикуляція, хай і цілком зрозуміла, не дає підстав вважати злочин закінченим за відсутності пропозиції неправомірної вигоди саме в її законодавчому формулюванні – у словесній формі. В такому разі подальше намагання надати неправомірну вигоду, якщо службова особа відмовилася її взяти, і слід кваліфікувати як замах на її надання, тобто за ч. 2 ст. 15 та ст. 369 КК України.

Отже, замах на надання неправомірної вигоди можливий або у випадку відсутності пропозиції, коли особа одразу ж безуспішно намагається надати хабара, або коли перед цим вона вчиняє певні дії, які свідчать про її намір надати неправомірну вигоду, але ці дії конклудентні, тобто не є «висловленням», тому не підпадають під поняття «пропозиція неправомірної вигоди», що надане у ч. 3 ст. 354.

Однак на практиці при кваліфікації подій, коли намір про надання хабара виявляється не в словесних, а в конклудентних діях, на цей нюанс іноді увагу не звертають. Як приклад можна навести випадок, коли водій, що порушив правила дорожнього руху, коли його зупинив поліцейський, вийшовши з автомобіля, одразу ж мовчки засунув йому в кишеню 200 грн. Зрозумівши, що відбувається, поліцейський миттєво відреагував на це: кинув гроші водію під ноги. Незважаючи на те, що сенс події, дійсно, є цілком зрозумілим, виходячи з «букви» закону, визнати поведінку водія закінченим злочином, а саме пропозицією хабара, неможна за відсутності пропозиції хабара. Водій одразу намагався його надати, проте йому це не вдалося внаслідок відмови з боку поліцейського. А це є з замахом на надання.

Існує і вирок, де пропозицією хабара було визнане те, що водій-правопорушник мовчки продемонстрував поліцейському декілька купюр по двісті гривень («розмахував грошима перед обличчям поліцейського»), проте потім їх прибрав за вимогою останнього. Це було визнане судом пропозицією хабара, оскільки поліцейський сприйняв таку поведінку як «натяк» водія на те, що той готовий надати йому ці гроші за відмову від складення протоколу. Втім, відповідно до законодавчого визначення, у даній ситуації не було ні висловлення про намір, ні намагання надати неправомірну вигоду. А це свідчить про відсутність складу злочину, передбаченого ст. 369 КК України.

Якщо порівнювати між собою пропозицію неправомірної вигоди та її надання, можна дійти висновку, що пропозиція є менш небезпечним варіантом діяння, передбаченого ст. 369 КК України (та інших, де міститься ця ознака). Вочевидь саме тому на початку внесення змін у Розділ XVII Особливої частини КК України, «пропозиція» та «надання» були розведені по різним частинам ст. 369, відповідно з різними санкціями: за надання неправомірної передбачалося значно більш суворе покарання, ніж за її пропозицію. Після того, як обидві ознаки опинилися разом, виникла

парадоксальна ситуація: у разі, якщо надання хабара не відбулося з причин, що не залежали від волі «хабародавця», останньому буде краще, якщо його поведінка буде визнана не пропозицією хабара, а замахом на його надання. Адже покарання за замах обмежено двома третинами від найбільш суворого з передбачених санкцією статті. Цей парадокс може усунути лише сам законодавець.

Питання, пов'язані з обіцяркою неправомірної вигоди в даних тезах не розглядаються, оскільки за волею законодавця обіцянка сформульована як та ж пропозиція, але деталізована вказівкою на час, місце та спосіб майбутнього надання. Питання про доцільність існування в кримінальному законі цих двох видів виявлення (за законом – «висловлення») наміру – тема окремої розмови.