

РІШЕННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Відповідно до ч. 2 ст. 32 КК України продовжуваний злочин — це злочин, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. Продовжуваний злочин починається вчиненням першого і закінчується вчиненням останнього з тотожних злочинних діянь, які становлять цей злочин.

*Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
від 29 травня 2014 р.*

(в и т я г)

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, розглянувши в судовому засіданні 29 травня 2014 року в м. Києві кримінальне провадження № 12013220320000536 щодо М.С.А. за ст. 309 ч. 2 КК України,

в с т а н о в и л а :

у касаційній скарзі засуджений М.С.А. просить вирок та ухвалу щодо себе скасувати, призначивши новий розгляд у суді першої інстанції у зв'язку з неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність і невідповідністю призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та його особі внаслідок суворості.

Вироком Ізюмського міськрайонного суду Харківської області від 11 жовтня 2013 року М.С.А. визнано винуватим і засудженого за ст. 309 ч. 2 КК України до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. На підставі ст. 71 КК України до призначеного покарання частково приєднано покарання за вироком цього ж суду від 06 листопада 2012 року і остаточно призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років 2 місяці.

Вироком суду М.С.А. визнано винуватим і засуджено за вчинення кримінального правопорушення за наступних обставин.

Так, М.С.А. в кінці липня 2012 року в денний час, перебуваючи на правому березі річки Сіверський Донець в районі вул. Муравської в м. Ізюмі Харківської області, зірвав листя та суцвіття з дикорослих рослин коноплі, тим самим, діючи умисно та протиправно, придбав особливо небезпечний наркотичний засіб — канабіс (марихуану не висушену) для особистого вживання без мети збуту. Вказаний особливо небезпечний наркотичний засіб М.С.А. в той же день переніс до місця свого проживання в м. Ізюмі Харківської області по вул. Гоголя, 7, кв. 2, де шляхом висушування та подрібнення, незаконно, без мети збуту, виготовив особливо небезпечний наркотичний засіб — канабіс (марихуану висушену), частину якого вжив

шляхом куріння за допомогою сигарети, а частину, що залишилась, продовжував незаконно зберігати за місцем свого проживання без мети збуту до 04 квітня 2013 року.

04 квітня 2013 року о 19 год. 30 хв. в ході проведення обшуку квартири № 2 по вул. Гоголя, 7 в м. Ізюмі Харківської області працівниками міліції було виявлено та вилучено речовину рослинного походження зеленого кольору, яка згідно висновку експертизи наркотичних засобів № 532 від 11 квітня 2013 року є особливо небезпечним наркотичним засобом – канабісом, загальною масою в перерахунку на суху речовину 18,8166 грам, який М.С.А. незаконно придбав, виробив і зберігав за вищевказаною адресою для особистого вживання без мети збуту.

Ухвалою Апеляційного суду Харківської області від 24 грудня 2013 року вказаний вирок місцевого суду змінено в частині призначеного покарання. Вказано вважати М.С.А. засудженим за ст. 309 ч. 2 КК України до 3 років позбавлення волі. На підставі ст. 70 ч. 4 КК України за сукупністю злочинів, передбачених ст. 309 ч. 2, ст. 307 ч. 2 КК України, шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим М.С.А. призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років. На підставі ст. 71 КК України до покарання, призначеного за новим вироком, частково приєднано невідбуту частину покарання за вироком Ізюмського міськрайонного суду Харківської області від 06 листопада 2012 року та призначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років 2 місяців. В решті вирок залишено без зміни.

Заслухавши доповідача, доводи засудженого і його захисника про обґрунтованість касаційної скарги, доводи прокурора про неправильність застосування ст. 70 ч. 4 КК України, істотні порушення вимог кримінального процесуального закону апеляційним судом та наявність підстав для часткового задоволення касаційної скарги і скасування ухвали апеляційного суду, перевіривши матеріали провадження та обговоривши доводи касаційної скарги, колегія суддів вважає, що скарга підлягає задоволенню частково з таких підстав.

Обґрунтованість засудження М.С.А. та правильність кваліфікації його дій за ст. 309 ч. 2 КК України у касаційній скарзі не оспорується.

Разом з тим, доводи касаційної скарги щодо неправильного застосування апеляційним судом закону України про кримінальну відповідальність в частині неправильного застосування положень ст. ст. 70, 71 КК України є обґрунтованими, виходячи з наступного.

Так, відповідно до частини 2 статті 32 КК України продовжуваний злочин — злочин, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. Продовжуваний злочин починається вчиненням першого і закінчується вчиненням останнього з тотожних злочинних діянь, які складають цей злочин.

Проте при призначенні остаточного покарання М.С.А. судом апеляційної інстанції невірно було визначено момент закінчення злочину, передбаченого ст. 309 ч. 2 КК України, який є продовжуваним і моментом його закінчення є 04 квітня 2013 року, тобто день виявлення приховуваного М.С.А. особливо небезпечного наркотичного засобу — канабісу, який він незаконно придбав, виготовив та зберігав без мети збуту.

Незаконне зберігання — це будь-які умисні дії, пов'язані з фактичним незаконним перебуванням наркотичних засобів у володінні винної особи (вона може тримати їх при собі, у приміщенні, сховищі або іншому місці).

Тобто М.С.А. злочин, передбачений ст. 309 ч. 2 КК України, за який він засуджений, почав вчиняти в кінці липня 2012 року, а закінчив 04 квітня 2013 року — після постановлення вироку щодо нього від 06.11.2012 року за ст. 307 ч. 2 КК України.

За таких обставин, при призначенні остаточного покарання М.С.А. суд апеляційної інстанції зазначених вимог закону та обставин справи не врахував, застосувавши не тільки положення ст. 71 КК України щодо призначення покарання за сукупністю вироків, а ще і положення ст. 70 ч. 4 КК України, яка визначає порядок призначення покарання за сукупністю злочинів, чим неправильно застосував кримінальний закон.

Отже, доводи касаційної скарги про неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність в цій частині є обґрунтованими і такими, що відповідають фактичним обставинам справи. Доводи засудженого щодо необхідності самостійного виконання вироків щодо нього є необґрунтованими та не підтверджуються матеріалами провадження.

Таким чином, під час розгляду кримінального провадження судом апеляційної інстанції допущено неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, що у відповідності з вимогами ст. 438 ч. 1 п. 2 КПК України є підставою для скасування такого рішення, у зв'язку з чим ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції, а касаційна скарга засудженого задоволенню частково.

При новому розгляді в суді апеляційної інстанції необхідно врахувати наведене, перевірити всі доводи засудженого, зазначені в його апеляційній та касаційній скаргах, справу розглянути відповідно до вимог КПК України та прийняти законне і обґрунтоване рішення.

Керуючись ст. ст. 433, 436, 438 КПК України, колегія суддів

у х в а л и л а:

касаційну скаргу засудженого М.С.А. задовольнити частково.

Ухвалу Апеляційного суду Харківської області від 24 грудня 2013 року щодо М.С.А. скасувати і призначити новий розгляд в суді апеляційної інстанції.

Якщо особа обвинувачується у вчиненні двох злочинів, які утворюють реальну сукупність, це виключає можливість звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ст. 47 КК.

*Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
від 23 травня 2013 р.*

(в и т я г)

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розглянула в судовому засіданні 23 травня 2013 року в м. Києві кримінальну справу за касаційною скаргою заступника прокурора Автономної Республіки Крим на постанову Сакського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 23 жовтня 2012 року за обвинуваченням С.С.Я. за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 172, ч. 1 ст. 364-1 КК України, на підставі ст. 47 КК України звільнено від кримінальної відповідальності та передано на поруки колективу ТОВ «Київське воздухоплавне товариство».

Згідно постанови суду С.С.Я. обвинувачувався в тому, що він, обіймаючи посаду генерального директора ТОВ «Асавіа», діючи умисно, зловживаючи службовими повноваженнями, з особистої зацікавленості та у вузьковідомчих інтересах ТОВ «Асавіа», в порушення вимог ст. 125 Земельного кодексу України без наявності у товариства правостановлюючих документів на земельну ділянку площею 3,1882 га, незаконно її огородив спільним парканом із земельною ділянкою 3 га, що знаходиться в оренді у вказаного товариства, і розмістив на вказаних земельних ділянках загальною площею 6,1882 га Культурно-етнографічний комплекс «Сергієв Посад» для здійснення господарської діяльності ТОВ «Асавіа». Незаконне зайняття С.С.Я. земельної ділянки площею 3,1882 га ускладнило можливість Сакської райдержадміністрації та міськрайонному управлінню Держкомзему у м. Саки та Сакському районі Автономної Республіки Крим у здійсненні ними функцій з регулювання земельних відносин та завдало державі збитків на суму 4 278,00 грн, що є істотною шкодою.

Крім того, С.С.Я., обіймаючи вказану посаду директора товариства, в серпні 2009 року прийняв на роботу Г.Н.В. на посаду екскурсовода і менеджера з реклами, в березні 2010 року – Б.Е.В. на посаду екскурсовода, у вересні 2010 року – А.Р.Р. на посаду охоронця, де Г.Н.В. і Б.Е.В. працювали до жовтня 2010 року, А.Р.Р. – до червня 2011 року. У зазначений період часу засуджений, в порушення вимог статей 21, 24, 24-1, 29, 50, 70, 74, 75, 79, 83, 106, 107 КЗпП України, з вказаними працівниками в письмовій формі трудові угоди не уклав та не зареєстрував у службі зайнятості, допустив їх до виконання роботи без проведення навчання, інструктажу, перевірки знань з питань охорони праці, не оформив трудові книжки, не проводив відрахуван-

ня із заробітної плати до Пенсійного фонду України, порушив основні права вказаних осіб, пов'язані із працею, відпочинком, відпусткою тощо. С.С.Я. вказаними діями грубо порушив законодавство про працю.

В апеляційному порядку справа не переглядалась.

В касаційній скарзі прокурор порушує питання про скасування судового рішення та направлення справи на новий судовий розгляд у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону. Зазначає, що органами досудового слідства С.С.Я. обвинувачувався у скоєнні двох злочинів, передбачених ч. 1 ст. 172 та ч. 1 ст. 364-1 КК України, які утворюють реальну сукупність, тому суд не мав підстав для застосування вимог ст. 47 КК України.

Заслухавши доповідь судді, думку прокурора, який підтримав касаційну скаргу, перевіrivши матеріали справи і обговоривши доводи, наведені у скарзі, колегія суддів дійшла висновку, що скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Відповідно до ст. 47 КК України, ст. 10 КПК України 1960 року особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості та щиро розкалася, може бути звільнено від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу підприємства, установи чи організації.

Згідно з роз'ясненнями, що містяться у п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 04 червня 2010 року «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», оскільки однією з умов, передбачених ст. 47 КК України, є вчинення особою злочину вперше, тому особу, в діях якої вбачається повторність, реальна сукупність чи рецидив злочинів, не можна звільняти від кримінальної відповідальності на підставі цієї статті.

Як вбачається з матеріалів справи, органами досудового слідства С.С.Я. обвинувачувався у вчиненні двох злочинів, передбачених ч. 1 ст. 172 та ч. 1 ст. 364-1 КК України, які утворюють реальну сукупність, що виключає можливість звільнення його від кримінальної відповідальності на підставі ст. 47 КК України, на що обґрунтовано в своїй касаційній скарзі звернув увагу прокурор.

За таких обставин, колегія суддів вважає за необхідне касаційну скаргу прокурора задовольнити, постанову суду скасувати, а справу направити на новий судовий розгляд, під час якого суду слід врахувати вищенаведене та прийняти по справі законне й обґрунтоване рішення.

Враховуючи викладене та керуючись ст. ст. 394–396 КПК України 1960 року та пунктом 15 розділу XI Перехідних положень КПК України, колегія суддів

у х в а л и л а:

Касаційну скаргу прокурора задовольнити.

Постанову Сакського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 23 жовтня 2012 року щодо С.С.Я. скасувати, а справу направити на новий судовий розгляд.

Кримінальним процесуальним законодавством України закріплено право на оскарження ухвал слідчого судді під час досудового провадження, що відповідає Конституції України і спрямоване на реалізацію гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод права на справедливий суд. Тому згідно з п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК, під час досудового розслідування в апеляційному порядку можуть бути оскаржені, зокрема, ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

*Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
від 12 грудня 2013 р.*

(в и т я г)

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, розглянувши у судовому засіданні матеріали провадження за касаційною скаргою захисника Б.Р.Ю. в інтересах підозрюваного Т.М.В. на ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 26 червня 2013 року про відмову у відкритті провадження,

в с т а н о в и л а :

Ухвалою слідчого судді Центрально-Міського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 22 червня 2013 року задоволено клопотання слідчого в ОВС прокуратури м. Кривого Рогу Дніпропетровської області В.С.Д. та змінено підозрюваному Т.М.В. запобіжний захід у вигляді застави на запобіжний захід у вигляді тримання під вартою.

На вказану ухвалу захисником Б.Р.Ю. була подана апеляційна скарга, за результатом розгляду якої 26 червня 2013 року Апеляційний суд Дніпропетровської області виніс ухвалу, якою відмовив йому у відкритті апеляційного провадження, оскільки ним подана апеляційна скарга на судові рішення яке не підлягає оскарженню в апеляційному порядку.

У касаційній скарзі захисник Б.Р.Ю. просить скасувати ухвалу апеляційного суду, та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вважає ухвалу такою, що винесена з порушенням норм процесуального права, погіршує становище підозрюваного Т.М.В., порушує його права, та обмежує право на захист. На думку захисника предметом оскарження є нова міра запобіжного заходу, що обирається вперше, застосування якої можливо та необхідно оскаржити.

Заслухавши доповідь судді, прокурора, який підтримав касаційну скаргу захисника; перевіrivши матеріали провадження та обговоривши наведені у скарзі доводи, колегія суддів дійшла висновку, що касаційна скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Відповідно до вимог ч. 1 ст. 412 КПК України істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення.

А однією з основних засад судочинства, передбачених ст. 129 Конституції України, є забезпечення апеляційного оскарження рішення суду.

Закріплене право на оскарження ухвал слідчого судді в ході досудового провадження відповідає Конституції України та визначеним європейським стандартам і спрямоване насамперед на реалізацію гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод права на справедливий суд.

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК України, під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку, зокрема ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою.

З матеріалів провадження вбачається, що ухвалою слідчого судді Центрально-Міського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 22 червня 2013 року задоволено клопотання слідчого в ОВС прокуратури м. Кривого Рогу Дніпропетровської області В.С.Д. щодо зміни підозрюваному Т.М.В. запобіжного заходу у вигляді застави, та застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою.

Отже, зазначена ухвала слідчого судді з урахуванням дотримання прав підозрюваного на захист, може бути оскаржена під час досудового розслідування в апеляційному порядку, а тому висновок апеляційного суду про те, що чинним процесуальним законодавством не передбачена можливість оскарження зазначеної ухвали слідчого судді є необґрунтованим, та таким, що суперечить ч. 6 ст. 9, ст. 7, п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК України, Конституції України, та ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Таким чином, приймаючи рішення, про відмову у відкритті апеляційного провадження на ухвалу слідчого судді про зміну підозрюваному Т.М.В. запобіжного заходу у вигляді застави на запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, суд апеляційної інстанції позбавив захисника Б.Р.Ю. законного права на апеляційне оскарження судового рішення, щодо підозрюваного Т.М.В., чим допустив істотне порушення кримінального процесуального закону.

З урахуванням наведеного, та на підставі п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК України ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню, а матеріали провадження призначенню на новий розгляд у суді апеляційної інстанції, під час якого суду необхідно розглянути матеріали провадження відповідно до вимог закону.

Керуючись ст. ст. 433, 436, 438 КПК України, колегія суддів

у х в а л и л а :

Касаційну скаргу захисника Б.Р.Ю. задовольнити.

Ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 26 червня 2013 року про відмову у відкритті провадження за апеляційною скаргою захисника Б.Р.Ю. в інтересах підозрюваного Т.М.В. на ухвалу слідчого судді Центрально-Міського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 22 червня 2013 року про зміну підозрюваному Т.М.В. запобіжного заходу у вигляді застави на запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, скасувати.

Призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Погіршуючи становище засудженого, зокрема шляхом скасування звільнення від відбування покарання з випробуванням та призначення йому покарання, яке слід виконувати реально, суд апеляційної інстанції повинен постановити вирок, а не ухвалу.

*Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
від 24 квітня 2014 р.*

(в и т я г)

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розглянула в судовому засіданні 24 квітня 2014 року в м. Києві кримінальне провадження за касаційною скаргою прокурора який брав участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції, на вирок Кіровського районного суду Автономної Республіки Крим від 3 вересня 2013 року та ухвалу Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 19 листопада 2013 року щодо Ш.О.М., яким Ш.О.М засуджено за ч. 1 ст. 122 КК України на 1 рік обмеження волі, а на підставі ст. 75 КК України звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком 1 рік та покладенням обов'язків, передбачених ст. 76 КК України.

Ухвалою Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 19 листопада 2013 року вирок змінено, призначено Ш.О.М. покарання у виді виправних робіт строком на 1 рік з відрахуванням 10 % заробітної плати в дохід держави.

Ш.О.М. визнано винним і засуджено за те, що він 15 вересня 2012 року о 19 год. біля домоволодіння № 18 по вул. Першотравневій у сел. Кіровському під час сварки на ґрунті особистих неприязних стосунків штовхнув Ш.П.В.

на землю та завдав йому не менш 10 ударів по тілу та голові, спричинивши середньої тяжкості тілесне ушкодження.

У касаційній скарзі прокурор ставив питання про скасування ухвали та призначення нового розгляду у суді апеляційної інстанції у зв'язку з істотним порушенням апеляційним судом кримінального процесуального закону. Указує, що апеляційний суд погіршив становище засудженого Ш.О.М., призначивши йому реальне покарання у виді виправних робіт, однак постановив при цьому не вирок, а ухвалу.

Заслухавши доповідача, міркування прокурора на підтримання касаційної скарги, перевіrivши матеріали кримінального провадження та обговоривши доводи касаційної скарги, колегія суддів вважає, що скарга підлягає задоволенню з наступних підстав.

З матеріалів справи убачається, що колегія суддів апеляційного суду дійшла висновку про невідповідність призначеного Ш.О.М. судом першої інстанції покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого через м'якість.

Відповідно до вимог п. 2 ч. 1 ст. 420 КПК України у разі необхідності застосування більш суворого покарання суд апеляційної інстанції скасовує вирок суду першої інстанції і ухвалює свій вирок.

Судом першої інстанції Ш.О.М. звільнено від відбування покарання з випробуванням. Апеляційний суд погіршив його становище призначивши йому покарання у виді виправних робіт, яке слід виконувати реально, однак постановив при цьому не вирок, а ухвалу.

Тому колегія суддів вважає, що у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції, під час якого мають бути усунені зазначені вище недоліки.

Керуючись ст. ст. 433, 434, 436 КПК України, колегія суддів

у х в а л и л а :

Касаційну скаргу прокурора задовольнити.

Ухвалу Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 19 листопада 2013 року щодо Ш.О.М. скасувати та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Наявність законних прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом давання службовій особі неправомірної вигоди (хабара), має бути однією з обов'язкових ознак вимагання такої вигоди (ч. 3 ст. 368 КК). Однак у разі, якщо хабародавець заінтересований у незаконній, непра-

вомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів, то вимагання неправомірної вигоди (хабара) виключається.

*Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
від 28 березня 2013 р.*

(в и т я г)

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розглянула в судовому засіданні в м. Києві 28 березня 2013 року кримінальну справу за касаційною скаргою прокурора, який брав участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції, з доповненнями до неї та касаційну скаргу засудженого Г.В.Г. на вирок Галицького районного суду м. Львова від 4 квітня 2012 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Львівської області від 5 вересня 2012 року.

Вироком Галицького районного суду м. Львова від 4 квітня 2012 року Г.В.Г. засуджений за частиною 2 статті 368 КК України на 5 років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій на 2 роки.

На підставі статті 75 КК України Г.В.Г. звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком 2 роки та покладенням на нього обов'язку, передбаченого пунктом 3 статті 76 цього Кодексу.

Згідно з вироком, Г.В.Г. визнано винним і засуджено за те, що він, працюючи на посаді старшого державного інспектора праці другого відділу контролю за додержанням законодавства ТДІП у Львівській області, під час проведення розпочатої 9 лютого 2011 року перевірки дотримання вимог законодавства про працю, загальнообов'язкове державне соціальне страхування у діяльності суб'єкта господарської діяльності — засновника та власника ПП «Ворол» М.А.П. виявив факт працевлаштування у зазначеному приватному підприємстві двох осіб без належного, у встановленому чинним законодавством порядку, їх оформлення.

В подальшому Г.В.Г. 15 лютого 2011 року, маючи умисел на отримання хабара, знаходячись у приміщенні, в якому ПП «Ворол» здійснює свою господарську діяльність та яке розташоване за адресою: м. Львів, вул. Городецька, 174, вчинив вимагання у М.А. хабара в сумі 2000 грн за приховання виявлених ним під час перевірки порушень вимог чинного законодавства, зокрема за приховання факту неофіційного, без належного документального оформлення двох працівників кафе ПП «Ворол». На що М.А. 16 лютого 2011 року о 18 годині 30 хвилин, перебуваючи в приміщенні кафе «Мартуся»,

що знаходиться на пл. Св. Теодора, 12 у м. Львові, відповідно до попередньої домовленості з Г.В.Г., передала йому хабар у розмірі 2000 грн.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Львівської області від 5 вересня 2012 року вирок Галицького районного суду м. Львова від 4 квітня 2012 року щодо Г.В.Г. залишений без зміни. На підставі статті 365 КПК України до вироку суду першої інстанції внесено уточнення, згідно яких вважається, що покладені на Г.В.Г. обов'язки згідно зі статтею 76 КК України контролює кримінально-виконавча інспекція.

У касаційній скарзі прокурор просить вказані судові рішення скасувати, а справу направити на новий судовий розгляд через неправильне застосування кримінального закону та невідповідність призначеного судом покарання ступеню тяжкості злочину та особі засудженого. В обґрунтування своїх вимог прокурор посилається на те, що М.А. передала Г.В. хабар за неповідомлення справжніх результатів проведеної ним перевірки, які б в подальшому слугували підставою для її притягнення до відповідальності, що вказує на відсутність в його діях кваліфікуючої ознаки вимагання хабара, а також на необґрунтоване звільнення Г.В. від відбування покарання з випробуванням, оскільки ним не визнавалася вина та він у вчиненому не розкався. Крім того, вказує і на порушення судом апеляційної інстанції статті 377 КПК України, оскільки, на його переконання, докладних мотивів прийнятого ним рішення не зазначив.

В доповненнях до касаційної скарги, прокурором вказується на не зазначення судами редакції частини 2 статті 368 КК України, за якою Г.В. визнано винним та засуджено.

У касаційній скарзі засуджений просить вказані судові рішення скасувати, а справу направити на новий судовий розгляд через неправильне застосування кримінального закону. В обґрунтування своїх вимог засуджений вказує на те, що суди першої та апеляційної інстанцій не з'ясували того, що перевірка здійснювалася у фізичної особи-підприємця М.А.П., а не в ПП «Ворол», за заявою Г.І.Р., особа якої не встановлена, провокативність дій М.А. та наслідки здійснення підприємницької діяльності за відсутності передбачених законом необхідних дозвільних та контролюючих документів.

Заслухавши суддю-доповідача, пояснення прокурора, яка підтримала касаційну скаргу прокурора з доповненнями до неї та частково підтримала касаційну скаргу засудженого і просила справу направити на новий апеляційний розгляд, обговоривши доводи касаційних скарг та перевіrivши матеріали справи, колегія суддів вважає, що касаційні скарги прокурора та засудженого підлягають частковому задоволенню з наступних підстав.

Подія злочину, доведеність винуватості та правильність кваліфікації судом за кваліфікуючою ознакою — одержання службовою особою, яка

займає відповідальне становище, хабара, тобто за частиною 2 статті 368 КК України, злочинних дій Г.В.Г. у касаційній скарзі прокурором не заперечуються.

Також, засудженим не заперечуються подія злочину та одержання ним хабара від М.А.П., будучи службовою особою.

Доводи прокурора та засудженого про відсутність в його діях вимагання хабара у М.А.П., є обґрунтованими.

Відповідно до пункту 4 примітки до статті 368 КК України вимагання хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або не вчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення розуміння вимагання хабара ця ознака може бути поставлена у вину лише у тому випадку, якщо винна особа з метою одержання хабара погрожуючи вчиненням або не вчиненням таких дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам, того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам чи законним інтересам. Тобто законність прав і інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, має бути однією із основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну цього, у разі, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів, тощо, то вимагання хабара виключається.

Як вбачається з матеріалів справи, Г.В.Г., будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, за результатами перевірки ним дотримання вимог законодавства про працю, загальнообов'язкове державне соціальне страхування у діяльності суб'єкта господарської діяльності М.А., яка є засновником та власником ПП «Ворол», яку здійснював безпосередньо в приміщенні вказаного підприємства, отримав від останньої хабар в розмірі 2000 грн за приховання ним факту неофіційного, без належного документального оформлення двох працівників у кафе ПП «Ворол», засновником та власником якого та була.

Дані обставини знайшли своє відображення в показаннях Г.В.Г. і М.А., свідків К.Н.І., Г.М.І., П.Т.М., К.О.П., Ш.Ю.М. та К.М.С., а також у протоколі очної ставки між Г.В.Г. та М.А., протоколі огляду та помічення грошових коштів від 16 лютого 2011 року, протоколі огляду місця події від 16 лютого 2011 року, акті перевірки №13-01-100/0512 від 25 лютого 2011 року та висновку № 935 криміналістичної експертизи спеціальної хімічної речовини від 28 березня 2011 року.

Отже, за встановлених судом першої інстанції та перевірених апеляційною інстанцією фактичних обставин справи, коли Г.В.Г., як службова особа, вимагає дати йому хабар, а М.А., яка його дає і при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б настали за відмови дати його, то такі дії Г.В.Г. за своїми ознаками не утворюють вимагання хабара, а тому дана кваліфікуюча ознака підлягає виключенню як зайва з огляду на незмінність обсягу обвинувачення та кваліфікації дій за частиною статті, за якою його засуджено.

Проте твердження прокурора в касаційній скарзі про безпідставне звільнення Г.В.Г. від відбування покарання з випробуванням є неспроможними.

Відповідно до статті 65 КК України при призначенні покарання суд має врахувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання.

Згідно з частиною 1 статті 75 КК України, якщо суд при призначенні покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він вправі прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Застосовуючи до Г.В.Г. статтю 75 КК України при призначенні йому покарання у виді 5 років позбавлення волі, суд першої інстанції враховував ступінь тяжкості вчиненого ним злочину та дані про його особу, який раніше не судимий, позитивно характеризується за місцем проживання та праці, має на утриманні хворого батька, а також відсутність пом'якшуючих та обтяжуючих йому покарання обставин.

Апеляційний суд, залишаючи вирок районного суду без зміни, за яким Г.В.Г. звільнений від відбування покарання з випробуванням, додатково зваживши на ступінь тяжкості вчиненого ним злочину, дані про його особу та обставини, що обтяжують і пом'якшують покарання, дійшов висновку, що обране йому покарання є необхідним та достатнім для його виправлення та попередження нових злочинів, у зв'язку з чим вважав його справедливим.

З такими висновками судів першої та апеляційної інстанцій погоджується і колегія суддів з огляду на дотримання ними правил призначення покарання Г.В.Г., а також виходячи з необхідності та достатності для його виправлення та попередження нових злочинів, а відтак вважати призначене покарання явно не справедливим підстав не має.

Посилання прокурора на невизнання Г.В.Г. своєї вини, як на підставу для скасування судових рішень само по собі є неспроможними, до того ж засуджений, хоч і не визнавав своєї вини, однак не заперечував факту отримання ним хабара від М.А. за викладених у вирокі обставин.

Незазначення редакції кримінального закону, за яким Г.В.Г. визнано винним і засуджено, не впливає на правильність кваліфікації судом його дій

та призначення покарання, а тому такі твердження прокурора в доповненнях до касаційної скарги слід визнати необґрунтованими.

Сам же апеляційний розгляд справи проведений з дотриманням вимог кримінально-процесуального закону, а ухвала суду апеляційної інстанції відповідає вимогам статті 377 КПК України 1960 року.

З огляду на викладене, касаційна скарга та касаційна скарга засудженого підлягають частковому задоволенню.

На підставі наведеного та керуючись статтями 394–396 КПК України 1960 року та пунктом 15 розділу 11 Перехідних положень Кримінального процесуального кодексу України, колегія суддів

у х в а л и л а:

касаційну скаргу прокурора, який брав участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції, та касаційну скаргу засудженого Г.В.Г. задовольнити частково.

Вирок Галицького районного суду м. Львова від 4 квітня 2012 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Львівської області від 5 вересня 2012 року щодо Г.В.Г. змінити: із кваліфікації дій Г.В.Г. за частиною 2 статті 368 КК України виключити кваліфікуючу ознаку — вимагання хабара, як зайву.

У решті вирок суду першої інстанції та ухвалу апеляційної інстанції щодо Г.В.Г. залишити без зміни.