

РІШЕННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

За своїм статусом та службовими повноваженнями дільничний інспектор міліції підпадає під поняття службової особи, визначення якого дається у примітці до ст. 364 КК України.

Якщо дільничний інспектор міліції вчинив дії, що входять до кола його службових повноважень і які підлягали схваленню та/чи затвердженню уповноваженою вищестоящою посадовою особою, але не отримали цього, то, незважаючи на відсутність схвалення чи заперечення вищестоящої службової особи, ці дії, за наявності причинового зв'язку між ними та злочинними наслідками, не можна вважати такими, що вчинені не службовою особою.

У разі коли суб'єктами злочину є дві службові особи, які за попередньою змовою в групі осіб виконали дії, спрямовані на спільне одержання хабара, але на момент давання хабара один із хабароодержувачів із причини, не пов'язаної з відмовою від одержання хабара, був відсутній на місці події, таке одержання незаконної винагороди належить розцінювати як вчинене за попередньою змовою групою осіб.

Якщо представник влади — працівник міліції — незалежно від форми вираження, пропонує особі дати йому хабар за невчинення певних обов'язкових дій, пов'язаних із процедурою відкриття кримінального переслідування, а особа, яка хоча заперечує свою причетність до дій, що зумовлюють відкриття цієї процедури, але не бажає її відкриття, й тому погоджується на пропозицію і дає хабар, то такі дії не повинні оцінюватися як вимагання хабара, оскільки хабародавець неправомірним способом уник застосування щодо нього передбаченої законом процедури кримінального провадження

ПОСТАНОВА

Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України
від 12 грудня 2013 р. у справі № 5-47к13
(в и т я з)

Амур-Нижньодніпровський районний суд м. Дніпропетровська вироком від 19 лютого 2009 р. засудив В. за ч. 2 ст. 368 КК із застосуванням ст. 69 КК до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих і адміністративно-господарських обов'язків, на строк три роки без конфіскації майна; на підставі ст. 75 КК В. звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки, покладено на нього обов'язок, передбачений п. 4 ст. 76 КК, та на підставі ст. 54 КК позбавлено спеціального звання — майор міліції.

В. визнано винуватим у тому, що він як дільничний інспектор міліції за попередньою змовою з іншим дільничним 4 серпня 2005 р. разом вимагали та одержали від П. 350 грн хабара за нереєстрування та за знищення заяви Б. про вчинення злочину.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 30 квітня 2009 р. вирок щодо В. залишив без змін.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України ухвалою від

22 квітня 2010 р. рішення судів першої та апеляційної інстанцій щодо В. залишила без змін, крім рішення про застосування до засудженого додаткового покарання.

У заяві засуджений В. стверджував, що ухвала касаційного суду від 22 квітня 2010 р. є незаконною, оскільки застосування норми ч. 2 ст. 368 КК до інкримінованих йому дій суперечить практиці Верховного Суду України, і тому має бути скасована, а справа направлена на новий касаційний розгляд. На його думку він: а) не є суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, оскільки не мав повноважень на самостійне прийняття рішень щодо порушення чи відмови в порушенні кримінальної справи і не міг учинити за винагороду тих дій, які йому інкриміновані; б) не вступав у змову з іншим працівником міліції на вимагання хабара. Вилучені у нього 350 грн були отримані для передачі потерпілому як компенсація за заподіяну злочинном шкоду; в) не вимагав хабара.

На підтвердження своїх доводів В. послався на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

від 20 березня 2012 р., 21 травня, 16 і 23 липня та 20 серпня 2013 р.

1. Зокрема, про те, що він не є суб'єктом інкримінованого злочину свідчить, на його думку, правова позиція суду касаційної інстанції, зазначена в ухвалах від 20 березня 2012 р. і 21 травня 2013 р. У першому рішенні суд не визнав суб'єктом одержання хабара заступника начальника підрозділу бюро судово-медичної експертизи з експертної роботи, який вимагав і одержав від хабародавця 8 тис. грн за позитивний для нього висновок експертизи, бо винагороду експерт одержав не за використання свого службового становища, а за застосування професійних спеціальних знань. В іншій ухвалі касаційний суд погодився з виправданням оперуповноваженого кримінального розшуку підрозділу внутрішніх справ в одержанні хабара за винесення постанови про відмову в порушенні кримінальної справи щодо хабародавця і при цьому погодився з висновками судів нижчої інстанції про те, що виправданий не міг самостійно без погодження з керівництвом приймати рішення, за які одержав гроші.

2. На підтвердження відсутності в його діях кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 2 ст. 368 КК, «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб» засуджений послався на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 липня 2013 р., в якій касаційний суд погодився з висновками судів нижчих інстанцій про виправдання заступника голови районної державної адміністрації, який обвинувачувався в одержанні та вимаганні хабара за попередньою змовою з головою сільради того ж району. У цій справі суд зазначив, що доказів існування єдиного умислу на вчинення інкримінованих виправданому дій не було отримано.

3. На обґрунтування неоднаковості у застосуванні кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» заявник послався на ухвали від 16 липня та 20 серпня 2013 р. У першій із них касаційний суд погодився з висновком суду апеляційної інстанції про відсутність цієї кваліфікуючої ознаки, оскільки у справі не була доведена її наявність, а в другій — суд касаційної інстанції сам виключив цю ознаку і зазначив, що в ситуації, коли особа дає хабар за вчинення незаконних дій, у діях особи, яка його отримує, відсутня кваліфікуюча ознака — вимагання хабара.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженого В. і захисника на підтримку поданої заяви, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви,

перевірила матеріали кримінальної справи, обговорила доводи, зазначені в заяві, й дійшла висновку про таке.

1. Рішення касаційного суду щодо В. переглядалося за наявності підстав, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 400¹² КПК 1960 р. та в порядку гл. 32¹ цього Кодексу. Перегляд здійснювався на основі сукупності доказів, установлених і досліджених судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту).

2. Відповідно до положень статей 400¹³—400¹⁸ КПК 1960 р. особа, яка має право на подання заяви, звертається до Верховного Суду України у строки, передбачені законом, — протягом трьох місяців із дня ухвалення судового рішення, щодо якого заявлено клопотання про перегляд, або з дня ухвалення судового рішення, на яке здійснюється посилення на підтвердження неоднаковості у правозастосуванні, якщо воно ухвалене пізніше. Заява В. була подана упродовж тримісячного строку з дня ухвалення одного з порівнюваних рішень.

Водночас особа повинна виконати вимоги процесуального закону щодо змісту заяви та порядку її подання. Зокрема, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 400¹⁶ КПК 1960 р. заявник має надати копії конкретних різних за змістом судових рішень, в яких має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Строкових обмежень для подання судових рішень, які надаються для порівняння, закон не містить. Отже, якщо заява подана в строки, передбачені законом, немає підстав для її повернення (ч. 4 ст. 400¹⁷ КПК 1960 р.), а справа допущена до провадження Суду, то висновки касаційного суду, які оспорується у заяві, порівнюються із висновками касаційного суду в рішеннях, наданих для порівняння, незалежно від часу ухвалення цих рішень.

3. Предметом перегляду зазначеної справи є необхідність з'ясування того, чи в контексті конкретних та інших, подібних до них, фактичних підстав цієї справи, слід визнавати заявника суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, а також з'ясування та однакове застосування таких кваліфікуючих ознак, як «вимагання хабара» та «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб».

4. Відповідно до положень п. 1 примітки до ст. 364 КК (в редакції Закону від 5 квітня 2001 р. № 2341-III, що діяв на момент вчинення злочину засудженим) службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності обіймають посади,

пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

При цьому слід мати на увазі, що до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості (п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» (далі — постанова № 5)).

Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що посадова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади або організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або хоч і не мала повноважень вчинити відповідні дії, але через своє посадове становище могла вжити заходів до їх вчинення іншими посадовими особами (абз. 1 п. 2 постанови № 5).

5. У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що В. працював у органах внутрішніх справ, обіймав посаду дільничного інспектора міліції та на підставі закону був наділений повноваженнями представника влади. За статусом і своїми службовими повноваженнями він підпадав під визначення службової особи, тому його твердження про те, що він не є суб'єктом хабарництва, — безпідставні.

Те, що у межах конкретних обставин справи В. не вчинив якихось дій, йому інкримінованих, не спростовує його статусу як службової особи.

6. Посилання в заяві на висновки касаційного суду в ухвалі від 20 березня 2012 р. є неприйнятними, оскільки суб'єкт діяння у цій справі — експерт, хоча і був наділений адміністративними повноваженнями, однак винагороду отримав не за використання цих повноважень, а за застосування своїх знань під час проведення експертизи. За таких обставин особа, яка їх одержує, не може визнаватися службовою, а винагорода — хабарем. У іншій справі підставами, якими суд обґрунтував відсутність у діях дільничного інспектора ознак хабарництва, стало не помилкове застосування норми закону, яка містить ознаки одержання хабара, а висновки про недоведеність вини підсудного у цьому злочині.

7. Одержання хабара за попередньою змовою осіб має кваліфікуватись якщо: а) злочин вчинили декілька осіб (двоє і більше); б) всі вони є суб'єктами цього злочину — службовими особами; в) мала місце попередня домовленість на вчинення цього злочину. Службові особи визнаються учасниками групи незалежно від того, як були розподілені ролі між ними і які конкретні дії виконувала у злочині кожна з них. Дії винуватих кваліфікуються за ч. 2 ст. 368 КК незалежно від того, всі чи лише одна особа виконали (не виконали) обумовлені хабарем дії. Одержання хабара за попередньою змовою групою осіб вважається закінченим злочином із моменту прийняття хабара хоча б одним з її учасників.

У кримінальній справі щодо В. встановлено, що П. зустрівся з В. у його службовому приміщенні в присутності іншого обвинуваченого.

З відома як В., так і іншого обвинуваченого заява про обвинувачення П. у злочині не була належним чином зареєстрована. Обидва обвинувачені приїжджали до П. додому, інформували його про заяву із звинуваченням його у крадіжці, вели розмову про необхідність з'явитися до них у певний час. Обидва були в службовому приміщенні, коли й відбулася передача хабара. Ці дані свідчать про наявність попередньої змови між обвинуваченими.

8. Правові висновки в ухвалі суду касаційної інстанції від 23 липня 2013 р. не містять тверджень, які вказують на неоднакове застосування зазначеної кваліфікуючої ознаки, оскільки в цьому рішенні йдеться не про правову оцінку фактичних обставин справи, а про брак доказів для висновку про вчинення злочину у співучасті, що не становить предмета перегляду Судом.

Таким чином, указані в заяві В. доводи про неоднакове застосування судом касаційної інстанції кваліфікуючої ознаки «за попередньою змовою групою осіб» та норм щодо суб'єкта цього злочину є безпідставними і тому в цій частині задоволенню не підлягають.

9. Відповідно до положень п. 4 примітки до ст. 364 КК (в редакції Закону від 5 квітня 2001 р. № 2341-III, що діяв на момент вчинення злочину засудженим) вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення 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 змушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення та судової практики випливає, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена в провину за наявності трьох основних чинників: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа — хабароодержувач; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (приму-су), що підкріплюється відкритою погрозою або створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності реальної небезпеки (прихована погроза) його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з вимогою хабароодержувача; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди лише правам та законним інтересам хабародавця.

Для правильного визначення меж вимагання хабара необхідно з'ясувати зміст прав та інтересів особи (їх законність чи незаконність), можливість реалізації (захисту) цих прав та інтересів за допомогою хабара, законність чи незаконність дій службової особи, якими вона погрожує у разі відмови від давання хабара, а також спрямованість погроз службової особи на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Найбільш значущою ознакою вимагання є те, що примушування до давання хабара може бути вчинено тільки з допомогою погрози заподіяння шкоди правоохоронюваним, законним інтересам особи. При цьому під законними інтересами слід розуміти інтереси, які забезпечуються нормами закону (до яких можна застосувати нормативний критерій), а також ті, що не суперечать чинному законодавству. Згідно з роз'ясненнями, які містяться в Рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 (справа про охоронюваний законом інтерес), незаконний інтерес, на відміну від правоохоронюваного, не захищається ні законом, ні правом і не повинен задовольнятися чи забезпечуватись ним.

Відповідно до законодавства не може розглядатися як вимагання хабара погроза з боку хабароодержувача вчинити щодо хабародавця законні дії, хоча вони й зачіпають законні інтереси останнього.

Суд вже неодноразово висловлював свою правову позицію з приводу правильного розуміння законодавчого визначення вимагання хабара і констатував, що коли хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних

інтересів, уникнути заслуженої відповідальності, одержати незаконні пільги або переваги тощо, то вимагання хабара виключається (постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України: від 4 жовтня 2012 р. № 5-14кц12, від 23 травня 2013 р. № 5-13кц13, від 30 травня 2013 р. № 5-14кц13, від 5 вересня 2013 р. № 5-28кц13).

10. Суспільно небезпечне діяння, за вчинення якого засуджено В., за об'єктивними та суб'єктивними ознаками подібне до суспільно небезпечних діянь, щодо яких у зазначеному аспекті ухвалено названі вище порівнювані рішення суду касаційної інстанції, проте воно отримало інакше, ніж у порівнюваних рішеннях, кримінально-правову оцінку.

У кримінальній справі щодо В. встановлено, що, незважаючи на те, що після надходження заяви Б. про злочин мала бути відкрита передбачена процесуальним законом процедура кримінального провадження (статті 94—97 КПК 1960 р.), яка давала П. законну можливість захистити свої права та законні інтереси, однак останній, бажаючи уникнути застосування щодо нього процедури кримінального переслідування, у відповідь на пропозицію В. дав йому хабара за nereестрування та знищення заяви про злочин. Таким чином, П. за допомогою хабара домогся задоволення свого незаконного інтересу, який полягав у непроведенні щодо нього перевірки заяви про злочин і прийнятті рішення про порушення кримінальної справи або про відмову в її порушенні.

Зазначені обставини не давали касаційній інстанції підстав вважати, що В. вимагав хабара у П., у цій частині рішення касаційного суду є незаконним і підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд.

У контексті конкретних обставин справи належить зробити такий висновок. Якщо представник влади — працівник міліції — незалежно від форми вираження пропонує особі дати йому хабар за nereестрування та знищення заяви про злочин, що була законним приводом для порушення кримінальної справи і початку кримінального переслідування, а така особа хоча й заперечує свою провину в звинуваченні, але не бажає реєстрації заяви, відкриття процедури кримінального переслідування і тому погоджується на пропозицію, дає хабар, то в діях представника влади, який пропонує дати хабар, відсутні ознаки його вимагання, оскільки особа, яка його дає, у такий спосіб уникає застосування щодо неї процедури кримінального провадження.

За таких обставин, керуючись п. 15 розд. XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400²¹,

400²² КПК 1960 р., Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України скасувала ухвалу колегії суддів Судової палати у криміналь-

них справах Верховного Суду України від 22 квітня 2010 р. щодо В., а справу направила на новий розгляд до суду касаційної інстанції.