

Наталія Миколаївна ЯРМИШ,

доктор юридичних наук, професор, старший викладач відділу підготовки прокурорів
з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних
провадженнях Національної академії прокуратури України, Київ, Україна

ЧИ Є КОРУПЦІОНЕРОМ КОРИСЛИВИЙ СУДДЯ?

Проголошений нашою державою курс на рішучу протидію корупції передбачає активізацію зусиль комплексного характеру. Серед заходів протидії явищу, яким уражені всі сфери життя суспільства, досить важливе (хоча й не чільне) місце посідає антикорупційна законодавча база. Добре відомо, що останніми роками суттєво змінився в цьому відношенні Кримінальний кодекс України (КК України). Видається, найбільшим трансформаціям підданий Розділ XVII Особливої частини КК України за назвою «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Відповідні зміни тривають, деякі статті, що передбачають корупційні злочини, зазнали їх вже неодноразово. Вектор корегування визначити важко, оскільки певні зміни то погіршують, то поліпшують, то знов погіршують долю корупціонерів, або несподівано взагалі скасовують кримінальну відповідальність за діяння, які нещодавно вважалися корупційними злочинами. Кожен фахівець з кримінального права, як науковець, так і практичний працівник, знає про декриміналізацію зловживання владою або службовим становищем, якщо спричинена шкода не може бути обчислена у грошовому еквіваленті. Відомо, який правозастосовний хаос потягли за собою ці зміни (зокрема, пов'язаний із зворотною дією кримінального закону).

З іншого боку, вражає, який суворий вигляд після численних змін набула ст. 354 КК України «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації». Саме на цю статтю, яка може бути застосована навіть у разі пропонування пересічному працівникові звичайних «чайових» (відповідно для кримінальної відповідальності працівника достатньо аби він хоча б погодився на цю пропозицію), нині зміщений «антикорупційний акцент» – вона є осередком необхідної інформації щодо інших корупційних злочинів. До слова, ст. 354 КК України міститься не у найбільш «антикорупційному» Розділі XVII Особливої частини КК України, а у «неочікуваному» розділі XV. Тому не дивно, що деякі практичні працівники й досі не знають, що, наприклад, умови звільнення «хабародавців» від кримінальної відповідальності аж ніяк не скасовані, а перенесені до ст. 354 КК України.

Конструюючи нові статті, вносячи численні зміни до КК України, законодавець ніяк не враховує (а може і не знає), що будь-якої закон є системним, цілісним утворенням, тому навіть «несуттєве» втручання в законодавчу матерію може потягнути за собою неконтрольовану «ланцюгову реакцію» порушення єдності, взаємопов'язаності норм та, як наслідок, – помилок у кваліфікації.

14 жовтня 2014 року у Кримінальному кодексі України з'явився вичерпний перелік корупційних злочинів, якій міститься у примітці ст. 45 КК України. Незабаром (12 лютого 2015 року) він також був підданий змінам, якими законодавець намагався виправити найбільш очевидні помилки. Однак й після цього перелік суттєво не покращився. Чимало злочинів, які зазначені у ньому як корупційні, не відповідають визначенню корупційного правопорушення, яке надано у Законі України «Про запобігання корупції». У переліку містяться статті, що не мають жодного відношення до корупційних злочинів і, навпаки, – відсутні вказівки на злочини, які за наявності мети неправомірної вигоди можуть бути корупційними чи є такими за визначенням.

Саме до останніх належить злочин, передбачений ч. 2 ст. 375 за кваліфікуючими ознаками «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах». Йдеться про статтю КК України за назвою «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови».

Аби переконатися в тому, що за змістом злочин, передбачений ч. 2 цієї статті є саме корупційним, необхідно згадати визначення, яке надано у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» (далі – Закон). Воно доволі об'ємне, але те, що необхідно для відповіді на поставлене у назві даних тез питання, можна звести до кількох слів: корупційним є правопорушення (до якого, безсумнівно, належить злочин) за умови, що його суб'єкт використовує свої службові повноваження чи пов'язані з ними можливості з метою одержання неправомірної вигоди. Розділ XVII Особливої частини КК України, де сконцентровані загальні норми щодо складів злочинів у сфері службової діяльності (зокрема, корупційних), містить окремі статті, диспозиції яких сформульовані з вказівкою на мету одержання неправомірної вигоди. Усі вони належать до переліку корупційних злочинів (ст. 45 КК України). Так побудована, наприклад, ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем». Зрозуміло, що для її застосування не потрібно, аби особа досягла мети і дійсно одержала неправомірну вигоду. Зауважимо, що і для визнання правопорушення корупційним саме одержання неправомірної вигоди не є обов'язковим – достатньо лише відповідної вмотивованості певних дій.

Суб'єкти корупції визначені у ст. 3 Закону. Судді належать до них без жодних сумнівів. Про них у п. г) ч. 1 ст. 3 Закону йдеться «окремим рядком». Крім того, судді, безперечно, є службовими особами як представники влади відповідно до положень, зазначених у ч. 3 ст. 18 та п. 1 примітки ст. 364 КК

України. Тобто законодавство вказує на суддю як службову особу, отже як на суб'єкта корупційного правопорушення, навіть тричі.

Наступним кроком з'ясування питання про корупційний характер злочину, передбаченого ч. 2 ст. 375 КК України, є звернення до законодавчого визначення неправомірної вигоди. Відповідно до ст. 1 Закону неправомірна вигода це: «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав». Це визначення відтворено і у примітці ст. 364-1 КК України, яка поширюється майже на усі статті розділу XVII Особливої частини КК України, де згадується неправомірна вигода («майже», тому, що в перелік примітки ст. 364-1 КК України забули включити відносно нову ст. 369-3 КК України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань»; принагідно дорікнемо законодавцю, що цю статтю він забув включити і в перелік корупційних злочинів, тобто примітку ст. 45 КК України). Ще одне, таке ж саме, визначення неправомірної вигоди міститься у п. 2 примітки ст. 354 КК України. З усіх цих джерел витікає, що неправомірною вигодою є насамперед те, що раніше називалося хабарем – блага матеріального характеру. Не викликає сумнівів, що корисливий мотив можна визначити як прагнення до одержання благ матеріального характеру, іншими словами, – до одержання неправомірної вигоди в її майновому вимірі.

Поєднуючи ознаки суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 375 КК України, – «суддя» (службова особа) та «корисливий мотив» (якій кореспондує меті одержання неправомірної вигоди) робимо неминучий висновок, що в такому варіанті злочин, передбачений ч. 2 ст. 375 КК України, відповідає усім ознакам корупційного.

Втім згадаємо, що неправомірна вигода – це не лише матеріальні блага, а ще й «будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру». Акцентуємо: йдеться про «будь-які», без жодних обмежень, нематеріальні блага. Зрозуміло, що ними можуть бути позитивна характеристика, отримання престижної роботи, статистичних показників тощо (аж до прихильного ставлення начальства). З огляду на це ніщо не заважає визнати корупційним і такий варіант злочину, передбаченого ч. 2 ст. 375 КК України, як постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови «в інших особистих інтересах». Адже «іншим» (крім корисливого) особистим інтересом можна вважати інтерес до отримання благ нематеріального характеру.

Як бачимо, відповідь на поставлене у назві тез питання виявилася навіть більш широкою: корупціонером є не лише «корисливий» суддя, а й той, хто, постановляючи неправосудний вердикт, не переслідував корисливої мети, а прагнув задовольнити «інші особисті інтереси». Втім підкреслимо, що такий суддя є корупціонером лише з позицій Закону України «Про запобігання корупції».

Тепер необхідно згадати, чим загрожує злочинцю та обставина, що злочин, який він вчинив, буде визнаний корупційним. Корупціонера не можна звільнити від кримінальної відповідальності за статтями розділу IX Загальної частини КК України «Звільнення від кримінальної відповідальності» (крім у разі погашення судимості, але відповідні строки для корупціонера більше); заборонено звільнення корупціонерів від покарання за обставинами, що передбачені ч. 4 ст. 74 КК України; неприпустимо застосування ст. 75 КК України «Звільнення від відбування покарання з випробуванням» (крім випадків затвердження певної угоди) та ст. 69 КК України «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом». І це ще не всі обмеження. До того ж, після набрання вироком законної сили, відомості про таку людину заносяться до відкритого Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, що само по собі є травмуючим фактором. Як бачимо, Кримінальний кодекс ставиться до корупціонера вкрай суворо. Жодних виключень немає навіть для вагітних жінок та жінок, які мають малолітніх дітей.

Але при всьому цьому злочин, передбачений ч. 2 ст. 375 у примітці ст. 45 КК України, тобто у переліку корупційних, не значиться. А саме цей перелік – перше, до чого звертається особа, яка застосовує кримінальний закон, коли вирішує питання про корупційний характер певного злочину: Кримінальний кодекс для правозастосовника «ближче», ніж Закон «Про запобігання корупції» (принаймні саме таке доводиться чути від прокурорів, які підвищують свою кваліфікацію в Національній академії прокуратури України). Оскільки і адвокатський інтерес полягає у тому, аби не визнавати корупційним злочин, відсутній у відповідному переліку, можна бути впевненими, що саме так і відбувається у реальному житті.

Це сприймається катастрофічною несправедливістю, особливо на тлі того, що відповідно до примітки ст. 45 КК України корупціонером (зі всіма наслідками, що з цього випливають) є навіть пересічний працівник та той, хто йому «дякує» за сумлінну працю. А будь-яка несправедливість є фактором, що руйнує повагу до закону, тому слугує чинником нехтування ним.

Видається, що при формуванні переліку корупційних злочинів було б доцільним використовувати вже знайомий законодавчий прийом: вказувати, що відповідний злочин є корупційним, якщо вчиняється з метою одержання неправомірної вигоди (на кшталт існуючого нині «у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем»). Це стосується й інших статей, які передбачають певну поведінку службових осіб. Адже в переліку корупційних відсутній і такий злочин, як перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. У диспозиції відповідної статті мета одержання неправомірної вигоди не зазначена, проте в житті правоохоронці найчастіше перевищують владу саме з такою метою (зокрема, прагнуть до «вигоди нематеріального характеру»

у вигляді необхідних статистичних показників). Проте відповідно до переліку ст. 45 КК України і в такому разі корупціонерами вони не є.

Вбачається, що доробка, а скоріше докорінна переробка переліку корупційних злочинів у КК України є нагальною потребою. А ще краще було б, як пропонують багато вчених, взагалі відмовитися від такого переліку (котрий за сумлінним підходом може непомірно розростися), а питання щодо корупційності певного злочину вирішувати, виходячи з визначення корупційного правопорушення у базовому Законі України «Про запобігання корупції». Щоправда, цьому має передувати реконструкція законодавчого визначення, яке за деякими ознаками необґрунтовано звужує зміст корупції, тому певним чином «грає на руку» корупціонерам. Але це вже тема окремої розмови.

Щодо судді, насамкінець зазначимо, що корупціонером він безперечно може стати, якщо за дії, пов'язані зі своїм становищем, буде прохати неправомірну вигоду, чи одержить її, чи погодиться на відповідну пропозицію або обіцянку. Проте за таку поведінку суддя буде відповідати вже за однозначно «корупційною» ст. 368 КК України «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою». Проте вчинення певних дій за неправомірну вигоду ця стаття не перед-

бачає – вони перебувають за межами об'єктивної сторони, тому їх наявність потребує окремої кваліфікації. Стаття 375 КК України, навпаки, передбачає незаконні дії судді (зокрема, постановлення завідомо неправосудного вироку), але без одержання за це винагороди, оскільки ч. 2 містить вказівку лише на таку мету (вона втілена у словах «з корисливих мотивів, в інших особистих інтересах»).

У зв'язку з цим постає непросте питання стосовно сукупності статей 375 та 368 КК України. Висловимо думку, що у разі, коли зазначений мотив судді при постановленні ним неправосудного вироку реалізований, тобто неправомірна вигода за такий вирок одержана, застосовувати при цьому за сукупністю із ст. 368 саме ч. *другу* ст. 375 КК України за ознаками мотиву не можна – у такому разі доцільною є кваліфікація за частиною *першою* (звісно, за відсутності інших кваліфікуючих ознак). Інакше буде порушений конституційний принцип, який забороняє за одне й те саме правопорушення притягувати особу до юридичної відповідальності двічі. Адже відповідна мотивація судді врахована, коли йому ставиться у провину одержання неправомірної вигоди (ст. 368 КК України). Розуміючи складність цієї проблеми, вважаємо, що вона заслуговує на окреме ретельне дослідження.

Одержано 15.02.2017