

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА
КАФЕДРА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І КРИМІНОЛОГІЇ

ОЛЕКСАНДР МАРІН

**ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ
ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ
У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ
ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ,
ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ
ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ**

НАВЧАЛЬНИЙ ПОСІБНИК



УДК
М

*Рекомендовано до друку Вченою радою юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
«19» травня 2021 року, протокол № «18»*

Рецензенти
внутрішні:

Маркін В. І. – завідувач кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук;

Денькович О. І. – доцентка кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидатка юридичних наук;

зовнішні:

Дудоров О. О. – завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів територіальними органами Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка, доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України;

Галабала М. В. – Суддя Вищого антикорупційного суду, кандидат юридичних наук.

Марін О.

М Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг : Навчальний посібник / О. Марін. – Київ : ВД «Дакор», 2021. – 272 с.

ISBN 978-617-7679-__-

У навчальному посібнику розглядаються питання відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг з позицій системного дослідження. Матеріал, викладений у посібнику, може бути цікавий студентам, викладачам та практикам, а також тим, хто цікавиться питаннями протидії кримінальним правопорушенням.

УДК

ЗМІСТ

ВСТУПНЕ СЛОВО 7

ТЕМА 1. ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ

З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ 10

- 1.1. Поняття кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг 10
- 1.2. Систематика кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг 17
- 1.3. Значення класифікацій кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг 41

ТЕМА 2. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ

ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ 44

- 2.1. Зміст загальної характеристики кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг 44
- 2.2. Характеристика поширеності та суспільної небезпеки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг 46
- 2.3. Поняття та види спеціального суб'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг 51

ISBN 978-617-7679-__-

© Марін О., 2021
© ТОВ «ВД «Дакор», 2021

2.4. Поняття та зміст істотної шкоди як криміноутворюючої ознаки окремих кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	69
2.5. Поняття «неправомірна вигода» у кримінальному праві України	76

ТЕМА 3. ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ У СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

3.1. Загальний склад «зловживання можливостями спеціального статусу» у кримінальному праві та його характеристика ...	83
3.2. Спеціальні види зловживання можливостями спеціального статусу у кримінальному праві України	99

ТЕМА 4. СПЕЦИФІЧНІ ФОРМИ ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

4.1. Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронних органів та його підвиди	121
4.2. Службове підроблення	133
4.3. «Новітні» специфічні форми зловживання можливостями спеціального статусу у розділі XVII Особливої частини КК України	144
4.4. Інші специфічні форми зловживання можливостями спеціального статусу	155

ТЕМА 5. ПІДКУП У СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

5.1. Поняття «підкуп» у кримінальному праві та система кримінальних правопорушень, пов'язаних із підкупом	160
5.2. Активний підкуп у кримінальному праві	167
5.3. Пасивний підкуп у кримінальному праві	175

5.4. Кримінальна відповідальність за провокацію підкупу та аргументи «за» чи «проти»	187
--	-----

ТЕМА 6. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СЛУЖБОВУ НЕДБАЛІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

6.1. Незаслужене «забуття» службової недбалості як кримінального правопорушення проти нормальної службової діяльності та прогалини у кримінально-правовому регулюванні	192
6.2. Проблеми об'єктивних ознак службової недбалості	195
6.3. Проблеми суб'єктивних ознак службової недбалості	203
6.4. Спеціальні та специфічні види службової недбалості у кримінальному праві України	205

ТЕМА 7. ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

7.1. Розуміння диференціації кримінальної відповідальності за кримінальне правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	218
7.2. Підстави для звільнення від кримінальної відповідальності при «позитивній посткримінальній поведінці» за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	225
7.3. Характеристика конструкцій кваліфікованих складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг та зміст кваліфікуючих ознак	228

ТЕМА 8. ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ	239
8.1. Проблеми кримінально-правової оцінки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	240
8.2. Проблеми застосування кримінальної відповідальності за правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг	250
ЗАМІСТЬ ВИСНОВКУ	262
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ТА РЕКОМЕНДОВАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	263

ВСТУПНЕ СЛОВО

Стан протидії кримінальним правопорушенням у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, в Україні парадоксальний. З одного боку – держава повсякчас декларує свою активну позицію у протидії корупції, створює відповідні органи, а з іншого – нічого фактично не змінюється.

Факторів, що обумовлюють такий стан речей, маса – від того, що із корупційною за своєю природою злочинністю покликані боротися органи, які самі чи не найбільше уражені корупцією, до загального стану справ у соціально-економічному житті держави, соціально-психологічних проблем протидії службовій злочинності у найширшому її розумінні. На останньому з наведених факторів хотілося би зупинитися більш детально. Українське суспільство, якщо бути відвертим, не з таким вже нетерпінням ставилося, та й нажаль, ставиться до корупційної злочинності. Багато хто сприймав та сприймає її як необхідне зло, а самі учасники «корупційних відносин» знаходять тисячі виправдань своїй протиправній поведінці, які так чи інакше, але в цілому нейтрально, сприймаються суспільством. Проблема протидії корупції, видається, лежить у площині соціальної психології – вироблення у членів суспільства негативного ставлення до таких проявів. Ми ж, фактично, маємо ситуацію, коли навіть суб'єкта частини корупційних діянь – службову особу – визначають такими «ніжними» словами як «...обіймають посаду». Наш народ «кохає» службове становище, називає його «посадою», словом, похідним від «сидіти», «ділять портфелі та крісла». Посади та звання «обожнюються», ставлення до керівництва перетворюється на чиношанування. Та й самі керівники та чиновники нерідко починають вірити у те, що вони мають певний «монархічний» статус. Першочергово видається необхідним змінити підсвідоме ставлення до службового статусу в Україні, визначати його виключно через «функцію», «службу» та «обов'язок». Лише у такому разі ми станемо більш вимогливими до всіх службових осіб та осіб, уповноважених надавати публічні послуги,

нетерпимими до корупційних проявів та недбалого ставлення службових осіб до виконання своїх обов'язків – а це, своєю чергою, дасть реальні позитивні результати у протидії цьому сегменту кримінально-протиправної поведінки.

Представлений Вашій увазі навчальний посібник є спробою авторського викладу курсу, який на перший погляд, не повинен викликати спорів та різночитань. Адже кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності, які становлять більшість предмету відповідного навчального курсу, є давно відомими у кримінальному праві, кримінально-правові норми, що місять відповідні склади злочинів, були вивірені часом та знайомі фахівцям юристам з курсу Особливої частини кримінального права України. Однак, кримінальне законодавство України не стоїть на місці. Законодавець намагається шляхом внесення змін до Кримінального кодексу України досягти соціально значимих результатів у протидії злочинності. Спочатку у 2009 році, згодом у 2011, а ще пізніше у 2013–2015 роках кримінально-правові норми про кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності зазнали істотних змін. Істотного удару по традиційному кримінально-правовому регулюванню аналізованих суспільно-небезпечних посягань завдано Верховною Радою України у 2014, 2015 та 2016 роках. Під час підготовки цього посібника законодавець фактично «знищує» відповідальність за перевищення влади або службових повноважень для службових осіб, намагаючись замаскувати правом політично-заангажоване рішення. Вводиться кримінальна відповідальність за спортивну корупцію, «кнопкодавство», не реагування на азартні ігри тощо. Відповідні законодавчі новели одержують у юридичній літературі та на практиці різні відгуки – від захоплених сподівань на покращення протидії корупції, до здивування щодо правдивої необхідності руйнування усталеної системи кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності. Перші спроби аналізу практики застосування законодавства про кримінальну відповідальність у частині кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та віднедавна – професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, засвідчують певну розгубленість практиків перед новими редакціями відповідних статей КК України, а тим більше – перед справді

новими правопорушеннями – криміналізованими суспільно-небезпечними діяннями.

Наведені вище причини і обумовили рішення кафедри кримінального права і кримінології запровадити навчальний курс «Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг», що читається студентам денної та заочної форми навчання, які здобувають освітній ступінь «магістр» за освітньо-професійною програмою «Право» на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка.

При цьому кафедра сподівається, що відповідний курс сприятиме поглибленню студентами знань з проблематики, яка у ньому висвітлюється; вихованню у майбутніх юристів-практиків нетерпимості до будь-яких проявів корупції та недбалого ставлення до своїх службових обов'язків; підготовки фахівців з освітнім ступенем магістр до здатності аналітично мислити та застосовувати кримінальний закон системно, розуміти закономірності криміналізації суспільно-небезпечних діянь та в кінцевому рахунку – освоїти правила застосування законодавства про кримінальну відповідальність на принциповому рівні.

Курс побудовано таким чином, щоб якнайповніше розкрити проблеми відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, відійти від «коментаторського» характеру викладу навчального матеріалу, який складає більшість у існуючій навчальній літературі з цієї тематики і не відповідає вимогам специфіки підготовки магістрів, що повинно включати формування системного уявлення про кримінальне право. У такому разі молодий фахівець перестає бути заручником «завченого» законодавства, а починає розуміти закономірності його функціонування та впливу на суспільні відносини.

ТЕМА 1. ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАнням ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Завданням цієї теми є ознайомлення студентів із характерними ознаками кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, та класифікацією відповідних посягань за різними класифікаційними критеріями. Результатом опрацювання відповідного матеріалу повинно стати уявлення про систему кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, з та усвідомлення прикладного значення таких теоретичних конструкцій, як «поняття кримінальних правопорушень у сфері (проти)» та «система кримінальних правопорушень у сфері (проти)»»

1.1. ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАнням ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Розуміння поняття кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, крім суто теоретичних характеристик, віддання академічної данини та логіки викладу матеріалу курсу, має безпосередньо практичне, спрямовуюче значення. Як відомо, будь-яке поняття – це насамперед сукупність ознак. Виведення поняття у науці часом стає своєрідним мистецтвом, адже базове, ключове розуміння предмету, з яким працює вчений, викладач, студент – центральне питання його роботи. Поняття про явище, про предмет повинно містити такі інформаційні характеристики, які з одного боку дають можливість чітко окреслити його (явище,

предмет), а з другого – не перенасичувати поняття зайвими, непотрібними характеристиками.

Визначити, що таке кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, означає дати зрозуміти, що є предметом цього курсу, на які саме правопорушення буде звернена увага при його вивченні, про що взагалі йтиметься протягом лекційних та семінарських занять.

Як відомо з курсу «Кримінальне право України. Особлива частина», протягом вивчення якого студенти постійно зустрічаються із поняттями тих чи інших кримінальних правопорушень, визначення таких понять складаються фактично із двох складових: визначення місця відповідних правопорушень у системі Особливої частини КК України та вказівки на родовий об'єкт посягання. Для курсу Особливої частини такий підхід є цілком виправданий, адже формує в студента уяву і про систему кримінальних правопорушень, викладену у Особливій частині КК України, й про систему родових об'єктів, які у своїй сукупності складають так званий загальний об'єкт кримінального правопорушення, або об'єкт кримінально-правової охорони в Україні.

Як вже відзначалося вище, поняття є нічим іншим, як сукупністю ознак, які із необхідністю та вичерпно характеризують явище, що ним позначається. Наука має у своєму арсеналі багато способів визначення будь-якого поняття. Найбільш поширеним у юридичній науці є визначення поняття через родо-видове співвідношення. Іншими словами, для того, що б визначити потрібне поняття, в системі правових понять відшуковується родове поняття, видом якого є те, що визначається. Навіть із самої назви: «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг», впливає, що це поняття є видом поняття кримінальне правопорушення. Відповідно до ч. 1 ст. 11 КК України кримінальним правопорушенням є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення. Чим же відрізняється поняття кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, від поняття кримінальне правопорушення в цілому, що є видовою ознакою (ознаками) цього поняття?

Як, знов ж таки, впливає із назви цих посягань – сферою їх вчинення, або іншими словами – об'єктом суспільно небезпечного посягання. У цьому аспекті можна зауважити невдалість формулювання назви відповідних злочинів, яку використав законодавець при конструюванні назви Розділу XVII Особливої частини КК України – «...у сфері...». Про аналогічні проблеми вже неодноразово зазначалося у спеціальній літературі з кримінального права не лише стосовно кримінальних правопорушень у цій сфері, а й у сфері господарської діяльності, обігу наркотичних засобів та ін. Насправді, справа в тому, що формулювання об'єкта кримінальних правопорушень з використанням конструкції «...у сфері...» не визначає родового об'єкта відповідних посягань, а вказує на сферу охорони, в якій можуть вчинятися кримінальні правопорушення, що посягають на цілком різні об'єкти кримінально-правової охорони. Так, у сфері службової діяльності можуть вчинятися посягання і на життя та здоров'я особи, і на власність і на інші суспільні відносини чи інші об'єкти, які перебувають під кримінально-правовою охороною норм, що містяться в статтях інших розділів Особливої частини КК України.

Таким чином, виникає наступне питання – що є родовим об'єктом кримінальних правопорушень, що становлять собою предмет нашого курсу? Кримінально-правова література містить достатньо розгалужену систему аргументів на користь тієї чи іншої концепції визначення родового об'єкта кримінальних правопорушень, передбачених, зокрема, розділом XVII Особливої частини КК України.

Підходи до розуміння родового об'єкта злочинів (тоді) у сфері службової діяльності узагальнювали різні автори. Найбільш повно та лаконічно, видається, це зробив Д. Г. Михайленко, відзначивши, що під ним розуміли чи розуміють: 1) службовий борг (обов'язок) [О. О. Жижиленко, С. В. Познишев]; 2) службову діяльність посадової особи й порушення правильного здійснення нею своїх службових функцій [А. Р. Гюнтер]; 3) сам державний апарат [А. А. Піонтковський]; 4) державну дисципліну [А. Н. Трайнін, 1938]; 5) правильну роботу державного апарату (вперше запропонував А. Н. Трайнін в 1939 р., змінивши свою думку) [Ш. Г. Папіашвілі, О. Я. Светлов, А. К. Квіцинія, В. О. Навроцький]; 6) інтереси державного управління [Б. С. Утевський]; 7) якість державного

апарату [О. Б. Сахаров]; 8) інтереси публічної служби [Б. В. Волженкін, А. В. Шнітенков]; 9) правомірну діяльність державних та інших органів, їх авторитет [Д. І. Крупко]; 10) встановлений законом порядок здійснення посадовими та службовими особами своїх повноважень [П. П. Андрушко]; 11) суспільні відносини соціального управління [К. П. Задоя] тощо. Сам автор розуміє під родовим об'єктом відповідних посягань встановлений законом порядок здійснення службовими особами своїх повноважень¹.

Щодо наукових підходів стосовно родового об'єкта кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України, спеціальна література не настільки барвиста. Зокрема відзначається, що зміни, які відбулися у кримінальному законодавстві у квітні 2011 року, призвели до розширення родового об'єкта розглядуваних посягань. Фактично цей об'єкт об'єднує у собі два тісно пов'язаних між собою, але не тотожних видових об'єкта, на які посягають, відповідно, кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та відповідні правопорушення у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. О. М. Грудзур у межах родового об'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, виділяє два видових об'єкти: 1) суспільні відносини, що забезпечують нормальну діяльність державного та громадського апарату, а також апарату управління підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності; 2) суспільні відносини, що забезпечують нормальну діяльність, пов'язану з наданням публічних функцій². В. І. Тютюгін та Ю. В. Годецький відзначають, що у розділі XVII Особливої частини КК України встановлена відповідальність за злочини, родовим об'єктом яких є суспільні відносини, що забезпечують нормальну, тобто таку, зміст, характер, межі та порядок здійснення якої визначені законодавством, діяльність державного апарату, апарату управління органів місцевого самоврядування, громадських

¹ Михайленко Д. Г. Поняття та структура об'єкта злочинів у сфері службової діяльності. *Актуальні проблеми держави і права*. 2013. Вип. 67. С. 524 (С. 521–531).

² Кримінальне право (Особлива частина): підручник / За редакцією О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 2. Луганськ: Видавництво Елтон-2, 2012. С. 394.

об'єднань, інших юридичних осіб як публічного, так і приватного права, а також суспільні відносини, що забезпечують здійснення регламентованої законодавством професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг³. Таким чином, на поверхні й тексту КК України, й відповідних наукових напрацювань, лежить висновок про те, що оскільки назва Розділу Особливої частини КК України містить два «види діяльності» у сфері яких можуть бути вчинені відповідні правопорушення, то й родовий об'єкт аналізованих посягань «роздвоюється» на видові: 1) службова діяльність; 2) професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг.

У спеціальній літературі робляться також спроби визначити й безпосередній об'єкт відповідних посягань. Так, безпосереднім об'єктом злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, на думку авторів одного з навчальних посібників, є правильна діяльність державного апарату, апарату органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, окремої організації, установи, підприємства (незалежно від форми власності), зміст якої визначається законодавством України, а також авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій і охоронювані законом права й інтереси окремих громадян, юридичних осіб, інтереси суспільства та держави⁴. При цьому автори пишуть традиційно про те, чиї інтереси захищаються, але не вказують, що саме підлягає захисту. Іншими словами, фактично описано чиї права порушено, проте не вказуються які.

Вади наведених позицій, як видається, обумовлені наступним. Безальтернативне сприйняття суспільних відносин в якості об'єкта кримінально-протиправного посягання тягне за собою, природньо, розгляд структури таких відносин. Якщо законодавець вводить нового суб'єкта

³ Тютюгін В. І., Гродецький Ю. В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг: загальна характеристика. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 1 (4). С. 273.

⁴ Савченко А. В., Кришевич О. В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: Науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України / За заг. ред. д.ю.н., проф. В. І. Шакуна. Київ: Алерта, 2012. С. 13.

відповідних суспільних відносин, це дає підстави для твердження про появу їх нової групи, які складатимуть частину родового об'єкта посягань – видовий об'єкт. Так і тут: поява особи, яка надає публічні послуги як відмінного спеціального суб'єкта, дає підстави для тверджень про появу нових суспільних відносин, із відмінним суб'єктним складом, які потребують комплексної кримінально-правової охорони. У межах звичної нам парадигми – все логічно. Поряд із тим, у цьому курсі, спробуємо поглянути на проблему дещо під іншим кутом зору.

Пропозицією для обмірковування буде те, що ми у цьому курсі спробуємо визначити родовий об'єкт аналізованих посягань, виходячи не від наявного стану правової регламентації відповідальності за кримінальні правопорушення, а із урахуванням того, що потрібно охороняти засобами кримінального права. І тут ми відійдемо від звичної нам конструкції суспільних відносин. Адже концепція «об'єкт посягання – суспільні відносини» здатна відповісти на питання, «що» є об'єктом кримінального правопорушення, але не відповідає на питання «чому»? Спробуємо поглянути на потребу у кримінально-правовій охороні через призму концепції «правового блага», які підтримують у німецькій кримінально-правовій доктрині. Суть цієї концепції зводиться до того, що «правовим благом» називають умови рівноправного розвитку особистості, що забезпечуються законом. Критерії оцінки поведінки, які виводяться з такого підходу, зводяться до наступної лаконічної формули: кримінально-правові норми поведінки повинні служити захисту правових благ. Правові блага – це такі, що підлягають захисту, інтереси як окремої особистості, так і всього суспільства... Як індивідуальні, так і суспільні правові блага в результаті покликані створювати можливості для розвитку індивіда. Різниця між ними полягає лише у тому, що посягання на індивідуальне правове благо безпосередньо пригнічує можливості розвитку конкретної людини, тоді як посягання на універсальне правове благо опосередковано пригнічує можливості розвитку всіх членів суспільства⁵.

У зв'язку із наведеним для вирішення пропонуються такі питання: що ж є насправді об'єктом суспільно небезпечних посягань,

⁵ Фристер Гельмут Уголовное право Германии. Общая часть: пер. с нем. 5 изд. Москва: Инфотропик Медиа, 2013. С. 47–48.

передбачених розділом XVII Особливої частини КК України? та чи дійсно з'явилися два видових об'єкти у межах одного родового?

Відповідаючи на них, не вдаючись до дискусій, які можуть з'явитися з цього приводу, запропонуємо такі твердження:

– видається, що у родовому об'єкті кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України не з'явилося двох видових об'єктів, оскільки служба діяльність не виключає професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг і навпаки, а природа цих двох форм діяльності – як мінімум подібна, якщо не тотожна. Відповідним спеціальним суб'єктам довірені, делеговані додаткові можливості задля забезпечення власне рівноправного розвитку всіх членів суспільства – універсальне правове благо;

– змістом цього правового блага, якому заподіюється шкода кримінальними правопорушеннями, передбаченими розділом XVII Особливої частини КК України, є **нормальна** служба діяльність або професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг;

– термін **нормальна** слід розуміти не лише як унормована (визначена у правових нормах у контексті так званої спеціальної правоздатності), але й як оціночна категорія, яка містить у собі такі складові:

- а) служба діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, здійснюється виключно на виконання функцій юридичної особи, органу державної влади чи місцевого самоврядування або ж завдань професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг та в їх інтересах, в інтересах того, хто доручив, наділив особою додатковими можливостями (*складова забезпечення від зловживань*);
- б) служба діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, здійснюється виключно у межах спеціальної правоздатності – служба особа або особа, яка професійно надає публічні послуги може діяти лише у межах та у спосіб, передбачений його спеціальним статусом (*складова забезпечення від перевищень*);
- в) служба діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, здійснюється виключно за встановленою законом, положенням, наказом або договором плати, якість

та кількість якої визначається характером виконуваної роботи, є адекватною такій роботі та офіційною, такою, що підлягає облікові та оподаткуванню (*складова забезпечення від підкупу*);

- г) служба діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, здійснюється відповідними особами сумлінно та належно (*складова забезпечення від недбалості*).

Таким чином, **нормальна служба діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг** – це сумлінна, належна діяльність, яка провадиться відповідно до визначених функцій та завдань у межах компетенцій, та оплачується відповідно до встановлених тарифів, ставок, договору правомірно у адекватному розмірі.

Враховуючи наведене вище можна запропонувати таке визначення кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг – це *передбачені законом про кримінальну відповідальність суспільно небезпечні, винні посягання, які заподіюють або здатні заподіяти шкоду нормальній службовій діяльності або професійній діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.*

1.2. СИСТЕМАТИКА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Розглядаючи проблеми системи будь-яких кримінальних правопорушень, автори навчальної літератури, як правило, обмежуються поданням більш-менш детальної класифікації досліджуваних видів суспільно-небезпечних посягань за одним чи більше критеріями. Не применшуючи значення таких класифікацій, зазначимо, що систематика кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг – це дещо більше, ніж просто класифікація. Розглядаючи відповідні склади як систему, необхідно підкреслити саме системний характер кримінально-правової охорони нормальної службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. У зв'язку із цим, необхідно наголосити, що під системою (*від дав.-гр. σύστημα – «сполучення»*) у науці розуміють множину взаємопов'язаних елементів, що відокремлена

від середовища, яка взаємодіє з ним, як ціле. Висвітлення системного характеру кримінально-правової охорони нормальної службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, як видається, полягає у визначенні переліку відповідних заборон, їх розташування у системі більш високого порядку – Особливої частини КК України та опису характеру взаємозв'язків між нормами, які передбачають відповідальність за ці суспільно небезпечні діяння та складами правопорушень, які в них закріплені.

Питанням систематизації кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг у спеціальній кримінально-правовій літературі приділено достатньо уваги. Стосовно родового об'єкту аналізованих посягань та класифікації відповідних правопорушень, їх систему, висловлювались О. Я. Асніс, Б. В. Волженкін, О. О. Дудоров, А. К. Квіцинія, Д. Г. Михайленко, В. О. Навроцький, О. Я. Светлов, М. І. Хавронюк. Проте зміни, яких зазнало законодавство України про кримінальну відповідальність у цій частині, вносить певні корективи у відомі класифікаційні концепції і потребує нового погляду на проблеми систематики кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

При цьому варто зауважити наступне. У логічних операціях з поняттями можливі декілька подібних процесів, які використовуються у кримінально-правовій науці. Основними з них є групування та класифікація. Обидва ці процеси використовуватимуться й нами.

Розпочати розгляд системи відповідних правопорушень, насамперед слід із визначення множини об'єктів, які будуть піддані групуванню. Перша проблема, яка виникає у зв'язку із цим, полягає у тому, чи кримінальні правопорушення у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, вичерпно названі у розділі XVII Особливої частини КК України, чи вони передбачені також і в інших розділах Особливої частини КК України. Відповідь, на наш погляд, очевидна – відповідні кримінально-правові заборони містяться практично у всіх розділах Особливої частини кримінального законодавства.

Таким чином, першим, найбільш очевидним та, так би мовити, формальним критерієм для групування суспільно небезпечних посягань на

нормальну службову та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг – є місце статей, які передбачають відповідні склади правопорушень, у системі Особливої частини КК України.

Змістовним критерієм для такого об'єднання є місце об'єкта кримінального правопорушення у структурі так званого безпосереднього об'єкта посягання. Якщо основний безпосередній об'єкт посягання лежить у площині (структурно входить у...) нормальної службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, – місце заборони у розділі XVII Особливої частини КК України; якщо нормальна службова та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, виконує роль додаткового (обов'язкового чи факультативного) безпосереднього об'єкта кримінального правопорушення – місце посягання – інший, крім розділу XVII, розділ Особливої частини КК України. Зрозуміло, що це досить умовний критерій суб'єктивного характеру, оскільки залежить від уявлення про ієрархію об'єктів конкретного посягання у актуального законодавця. Так, наприклад, законодавець, видається, цілком свавільно розмістив у розділі XVII Особливої частини КК України ст. 364² «Здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України»..

Не зважаючи на це, множина всіх складів суспільно небезпечних посягань на нормальну службову та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, виходячи із формальної підстави – місця посягання у системі Особливої частини КК України, та змістовної складової – ролі об'єкта посягання у структурі безпосереднього об'єкта – складається з двох груп кримінальних правопорушень: 1) посягання, передбачені розділом XVII Особливої частини КК України; 2) посягання, передбачені іншими розділами Особливої частини КК України.

Перша група кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, складається з посягань, розміщених у розділі XVII Особливої частини КК України. На час написання цієї роботи відповідна кількість становила 19 кримінальних правопорушень, норма про одне з яких визнана Конституційним Судом України неконституційною (ст. 368² «Незаконне збагачення»), однак з тексту КК не виключена:

Зловживання владою або службовим становищем	ст. 364 КК України
Зловживання повноваженнями службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми	ст. 364 ¹ КК України
Здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України	ст. 364 ² КК України
Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу	ст. 365 КК України
Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги	ст. 365 ² КК України
Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей	ст. 365 ³ КК України
Службове підроблення	ст. 366 КК України
Декларування недостовірної інформації	ст. 366 ² КК України
Неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування	ст. 366 ³ КК України
Службова недбалість	ст. 367 КК України
Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою	ст. 368 КК України
Незаконне збагачення (<i>визнана Конституційним Судом України неконституційною</i>)	ст. 368 ² КК України
Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми	ст. 368 ³ КК України
Підкуп особи, яка надає публічні послуги	ст. 368 ⁴ КК України
Незаконне збагачення	ст. 368 ⁵ КК України
Пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі	ст. 369 КК України
Зловживання впливом	ст. 369 ² КК України

Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань	ст. 369 ³ КК України
Провокація підкупу	ст. 370 КК України

Навести вичерпний перелік кримінальних правопорушень, які входять у **другу групу** суспільно небезпечних посягань значно складніше, оскільки законодавець не у всіх випадках чітко визначився із суб'єктом кримінального правопорушення та зв'язком вчиненого із відповідними спеціальними можливостями такого суб'єкта. Аналізуючи положення Особливої частини КК України ми враховували лише ті склади кримінальних правопорушень, відповідальність у яких пов'язана саме із використанням службового статусу суб'єкта або статусу особи, яка професійно надає публічні послуги. Всі виявлені посягання залежно від кримінально-правового значення використання законодавцем ознак суб'єкта кримінального правопорушення, своєю чергою, можна об'єднати у такі групи:

2.1) кримінальні правопорушення, суб'єктом вчинення яких може бути лише службова особа, і відповідальність за які пов'язана із використанням можливостей спеціального статусу суб'єкта (є конститутивною ознакою складу кримінального правопорушення);

2.2) кримінальні правопорушення, вчинення яких службовими особами завдяки використанню можливостей спеціального статусу, їх обтяжує, кваліфікує (перетворює на кваліфікований склад, є кваліфікуючою ознакою складу кримінального правопорушення);

2.3) кримінальні правопорушення, суб'єктом яких є особи, які займаються професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг, і вчиняють їх із використанням свого відповідного спеціального статусу;

До кримінальних правопорушень **підгрупи 2.1** (всього 60 складів) – суб'єктом вчинення яких може бути лише службова особа, і відповідальність за які пов'язана власне із використанням можливостей цього спеціального статусу і які містяться не у розділі XVII Особливої частини КК України – можна, як видається, віднести:

Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (у частині вчинення таких дій службовою особою лікувального закладу)	ст. 132 КК України
Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (у частині невиконання чи неналежного виконання службових обов'язків)	ст. 137 КК України
Незаконне розголошення лікарської таємниці (у частині, якщо інформація стала відомою у зв'язку із виконанням особою службових обов'язків)	ст. 145 КК України
Насильницьке зникнення	ч. 1 ст. 146 ¹ КК України
Насильницьке зникнення	ч. 2 ст. 146 ¹ КК України
Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії референдуму чи діяльності офіційного спостерігача (у частині ухилення членом комісії)	ч. 5 ст. 157 КК України
Фальсифікація, підроблення, викрадення, пошкодження або знищення виборчої документації, документації референдуму, викрадення, пошкодження, приховування, знищення печатки виборчої комісії, комісії референдуму, виборчої скриньки, списку виборців чи учасників референдуму	ч. 1 ст. 158 ³ КК України
Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації чи агітації референдуму	ч. 1 ст. 159 ¹ КК України
Підкуп виборця, учасника референдуму, члена виборчої комісії або комісії з референдуму (у частині вчинення пасивного підкупу членом комісії)	ч. 1 ст. 160 КК України

Грубе порушення законодавства про працю	ст. 172 КК України
Грубе порушення угоди про працю (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 173 КК України
Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (у частині вчинення діяння керівником)	ст. 175 КК України
Порушення права на отримання освіти	ч.1 ст. 183 КК України
Порушення права на безоплатну медичну допомогу	ч.2 ст. 184 КК України
Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (у частині заволодіння чужим майном)	ч.2 ст. 191 КК України
Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із службовою діяльністю)	ч.2 ст. 209 ¹ КК України
Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням	ст. 210 КК України
Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону	ст. 211 КК України
Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 212 КК України

Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 212 ¹ КК України
Доведення до банкрутства (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 219 КК України
Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності	ч. 1 ст. 220 ¹ КК України
Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності	ч. 3 ст. 220 ¹ КК України
Маніпулювання на фондовому ринку	ст. 222 ¹ КК України
Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів	ст. 223 ² КК України
Розголошення комерційної або банківської таємниці (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із службовою діяльністю)	ст. 232 КК України
Приховування інформації про діяльність емітента	ст. 232 ² КК України
Приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення	ст. 238 КК України
Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 253 КК України
Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)	ч.2 ст. 262 КК України

Порушення вимог законодавства про охорону праці (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 271 КК України
Ненадання допомоги судну та особам, що зазнали лиха	ст. 284 КК України
Неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден	ст. 285 КК України
Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)	ч. 2 ст. 308 КК України
Викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)	ч. 2 ст. 312 КК України
Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)	ч. 2 ст. 313 КК України
Розголошення державної таємниці (у частині вчинення діяння особою, які ця інформація стала відома у зв'язку із службовою діяльністю)	ст. 328 КК України
Передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни (у частині вчинення діяння особою, які ця інформація стала відома у зв'язку із службовою діяльністю)	ст. 330 КК України

Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 340 КК України
Перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради	ч. 1 ст. 351 КК України
Перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради	ч. 2 ст. 351 КК України
Перешкоджання діяльності Рахункової палати, члена Рахункової палати	ст. 351 ² КК України
Викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)	ст. 357 КК України
Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою	ч. 1 ст. 371 КК України
Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою	ч. 2 ст. 371 КК України
Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності	ст. 372 КК України
Примушування давати показання	ст. 373 КК України
Порушення права на захист	ст. 374 КК України
Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (визнана Конституційним Судом України неконституційною)	ст. 375 КК України
Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 376 ¹ КК України
Невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист	ст. 380 КК України
Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 381 КК України

Невиконання судового рішення	ч. 4 ст. 382 КК України
Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування	ч. 2 ст. 387 КК України
Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)	ч. 2 ст. 410 КК України
Недбале ставлення до військової служби	ст. 425 КК України
Бездіяльність військової влади	ст. 426 КК України
Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень	ст. 426 ¹ КК України
Здача або залишення ворогові засобів ведення війни	ст. 427 КК України
Залишення гинучого військового корабля	ст. 428 КК України
До кримінальних правопорушень підгрупи 2.2 , вчинення яких службовими особами перетворює основний склад на кваліфікований (всього 44 кваліфікованих складів), можна віднести:	
Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади	ч. 3 ст. 109 КК України
Посягання на територіальну цілісність і недоторканість України	ч. 2 ст. 110 КК України
Торгівля людьми	ч. 2 ст. 149 КК України
Примушування до вступу в статевий зв'язок (у частині використання службової залежності)	ч. 2 ст. 154 КК України
Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії референдуму чи діяльності офіційного спостерігача (у частині вчинення членом комісії)	ч. 3 ст. 157 КК України

Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії референдуму чи діяльності офіційного спостерігача	ч. 4 ст. 157 КК України
Надання неправдивих відомостей до органу ведення Державного реєстру виборців або інше несанкціоноване втручання в роботу Державного реєстру виборців	ч. 2 ст. 158 КК України
Незаконне використання виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, голосування виборцем, учасником референдуму більше одного разу, викрадення, пошкодження, приховування або знищення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі	ч. 3 ст. 158 ¹ КК України
Незаконне знищення або пошкодження виборчої документації або документації референдуму	ч. 2 ст. 158 ² КК України
Фальсифікація, підроблення, викрадення, пошкодження або знищення виборчої документації, документації референдуму, викрадення, пошкодження, приховування, знищення печатки виборчої комісії, комісії референдуму, виборчої скриньки, списку виборців чи учасників референдуму	ч. 4 ст. 158 ³ КК України
Порушення таємниці голосування	ч. 2 ст. 159 КК України
Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками	ч. 2 ст. 161 КК України
Порушення недоторканості житла	ч. 2 ст. 162 КК України
Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер	ч. 2 ст. 163 КК України
Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)	ч. 2 ст. 168 КК України

Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)	ч. 2 ст. 169 КК України
Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів	ч. 3 ст. 171 КК України
Порушення авторського права і суміжних прав	ч. 3 ст. 176 КК України
Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію	ч. 3 ст. 177 КК України
Вимагання	ч. 2 ст. 189 КК України
Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (у частині привласнення і розтрата)	ч. 2 ст. 191 КК України
Контрабанда	ч. 2 ст. 201 КК України
Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України	ч. 2 ст. 201 ¹ КК України
Підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців	ч. 2 ст. 205 ¹ КК України
Протидія законній господарській діяльності	ч. 3 ст. 206 КК України
Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації	ч. 3 ст. 206 ² КК України
Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару	ч. 3 ст. 229 КК України
Незаконне видобування, збут, придбання, передача, пересилання, перевезення, переробка бурштину	ч. 3 ст. 240 ¹ КК України
Незаконне полювання	ч. 2 ст. 248 КК України
Сприяння учасникам злочинних організацій або укриття їх злочинної діяльності	ч. 2 ст. 256 КК України

Втягнення у вчинення терористичного акту	ч. 2 ст. 258 ¹ КК України
Сприяння вчиненню терористичного акту	ч. 2 ст. 258 ⁴ КК України
Порушення вимог режиму радіаційної безпеки	ч. 4 ст. 267 ¹ КК України
Незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини	ч. 5 ст. 298 КК України
Знищення, пошкодження або приховування документів чи унікальних документів Національного архівного фонду	ч. 3 ст. 298 ¹ КК України
Сутенерство або втягнення особи у зайняття проституцією	ч. 2 ст. 303 КК України
Фальсифікація лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів	ч. 2 ст. 321 ¹ КК України
Незаконне переправлення осіб через державний кордон України	ч. 2 ст. 332 КК України
Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї	ч. 2 ст. 332 ¹ КК України
Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, судового експерта, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця	ч. 2 ст. 343 КК України
Втручання у діяльність державного діяча	ч. 2 ст. 344 КК України
Втручання у діяльність судових органів	ч. 2 ст. 376 КК України
Невиконання судового рішення	ч. 2 ст. 382 КК України
Невиконання судового рішення	ч. 3 ст. 382 КК України
Втручання у діяльність захисника чи представника особи	ч. 2 ст. 397 КК України

Ще складніше визначити кримінальні правопорушення **підгрупи 2.3**, а саме – посягання, суб'єктом яких є особи, які займаються професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг і які не містяться у розділі XVII Особливої частини КК України. Пов'язане це із невизначеним змістом поняття – особи, які займаються професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг. Разом із тим, з достатньою високою долею ймовірності до цієї

групи суспільно небезпечних посягань можна віднести (8 кримінальних правопорушень):

Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із виконанням професійного обов'язку)	ст. 132 КК України
Незаконне розголошення лікарської таємниці (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із виконанням професійного обов'язку)	ст. 145 КК України
Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із виконанням професійного обов'язку)	ст. 209 ¹ КК України
Розголошення комерційної або банківської таємниці (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із виконанням професійного обов'язку)	ст. 232 КК України
Незаконне використання інсайдерської інформації (у частині вчинення діяння особою, яка має доступ до інсайдерської інформації)	ст. 232 ¹ КК України
Введення в оману суду або іншого уповноваженого органу (у частині вчинення діяння експертом та оцінювачем)	ст. 384 КК України
Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (у частині вчинення діяння експертом)	ст. 385 КК України
Представництво в суді без повноважень	ст. 400 ¹ КК України

Наведені групи складів кримінальних правопорушень, які впливає з вищенаведеного, пов'язані між собою об'єктом посягання: нормальною службовою діяльністю та професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг. Для першої групи складів кримінальних правопорушень він виступає основним безпосереднім (у певній його складовій), для другої ж, залежно від підгруп складів (основних чи кваліфікованих): додатковим обов'язковим (підгрупи 2.1 та 2.3) або додатковим факультативним об'єктом (підгрупа 2.2).

Об'єкт же кримінально-правової охорони може виконувати у систематичі кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, й іншу роль.

Так, систематизувати склади аналізованих кримінальних правопорушень можна і за напрямом заподіяння шкоди об'єктові кримінально-правової охорони. Йдеться про те, що у теорії кримінального права давно відома класифікація кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності на підставі того, чи «з середини», чи «із зовні» відбувається вплив на охоронювані нормами розділу XVII Особливої частини КК України суспільні відносини. Така класифікація обґрунтовує наявність у згаданому розділі Особливої частини статей про кримінальні правопорушення, які вчиняються загальним суб'єктом: зокрема, ст. 369 КК України «Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі» та подібних до неї. Обґрунтовується, що кримінальне правопорушення, передбачене ст. 369 КК України полягає у зовнішньому впливові на об'єкт кримінально-правової охорони – за нашим визначенням – нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг. За умови підтримки наведеного підходу, видається можливим запропонувати розвиток цієї позиції. Якщо у розділі XVII Особливої частини КК України містяться кримінальні правопорушення, що вчиняються загальним суб'єктом і полягають у «зовнішньому» впливові на нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, то чи містяться подібні посягання у інших розділах Особливої частини, в складі яких нормальна службова діяльність або професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг виступає додатковим безпосереднім

об'єктом посягання? За наведеної позиції – так. До таких посягань, як видається, можна віднести (всього 28 правопорушень):

Посягання на життя державного чи громадського діяча	ст. 112 КК України
Умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку із виконанням цією особою службового чи громадського обов'язку	п.8 ч. 2 ст. 115 КК України
Захоплення державних або громадських будівель чи споруд	ст. 341 КК України
Опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, приватному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві, уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб	ст. 342 КК України
Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, судового експерта, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця	ст. 343 КК України
Втручання у діяльність державного діяча	ст. 344 КК України
Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу	ст. 345 КК України
Погроза або насильство щодо державного чи громадського діяча	ст. 346 КК України
Умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця	ст. 347 КК України
Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця	ст. 348 КК України
Захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника	ст. 349 КК України
Погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок	ст. 350 КК України

Перешкоджання діяльності Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України	ст. 351 ² КК України
Умисне знищення або пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок	ст. 352 КК України
Втручання в діяльність судових органів	ст. 376 КК України
Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного	ст. 377 КК України
Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного	ст. 378 КК України
Посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя	ст. 379 КК України
Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку	ст. 386 КК України
Втручання в діяльність захисника чи представника особи	ст. 397 КК України
Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи	ст. 398 КК України
Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи	ст. 399 КК України
Посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною із наданням правової допомоги	ст. 400 КК України
Непокора	ст. 402 КК України
Невиконання наказу	ст. 403 КК України
Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків	ст. 404 КК України
Погроза або насильство щодо начальника	ст. 405 КК України
Посягання на життя представника іноземної держави	ст. 443 КК України

Те, що перераховані вище кримінальні правопорушення, які ми умовно віднесли до посягань на нормальну службову та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, здатні реально спричинити шкоду охоронюваному об'єктові у найширшому його значенні – сумнівів не викликає. Адже всі вони вчиняються в зв'язку

із службовою діяльністю або професійною діяльністю із надання публічних послуг потерпілими особами. Однак, видається, що це занадто широке тлумачення об'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг – нормальної службової або професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Ми пропонуємо розуміти такі види діяльності як сумлінну, належну діяльність, яка провадиться відповідно до визначених функцій та завдань у межах компетенцій, та оплачується відповідно до встановлених тарифів, ставок, договору правомірно у адекватному розмірі. Як впливає з наведеного визначення нормальної діяльності, особиста безпека відповідної особи, недоторканість життя та здоров'я, майна спеціальних категорій потерпілих – службових осіб та осіб, які професійно надають публічні послуги – перебувають за межею саме такого розуміння їх нормальної діяльності. Ми не підтримуємо позиції, відповідно до якої на таку діяльність можна посягати «із зовні». Винятком, як видається, може вважатися тільки активні форми підкупу, й то, враховуючи специфіку такого кримінально-протиправного явища як підкуп: поведінку, яка одержує своєрідну форму кримінально-протиправної угоди (а це, своєю чергою, передбачає добровільну участь обидвох осіб, у тому числі, й спеціального суб'єкта) Саме тому, видається, є підстави зробити висновок про те, що з перерахованих вище кримінальних правопорушень, на об'єкт кримінально-правової охорони, визначений розділом XVII Особливої частини КК України як родовий для відповідних видів правопорушень, посягають лише делікти, передбачені у таких кримінально-правових заборонах:

Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, судового експерта, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця	ст. 343 КК України
Втручання у діяльність державного діяча	ст. 344 КК України
Втручання в діяльність судових органів	ст. 376 КК України
Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку	ст. 386 КК України

Втручання в діяльність захисника чи пред- ст. 397 КК України ставника особи

У чотирьох з наведених складів, назви яких сформульовані із використанням терміну «втручання» об'єктивна сторона визначена фактично через формулу «вплив у будь-якій формі»; а у кримінальному правопорушенні, передбаченому ст. 386 – прямо названий спосіб впливу на особу, яка займається професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг – підкуп. У зв'язку із наведеним виникає проблема співвідношення цих посягань із кримінальними правопорушеннями, передбаченими у розділі XVII Особливої частини КК України і які вчиняються загальним суб'єктом та полягають у «зовнішньому» впливі на об'єкт кримінально-правової охорони норм цього розділу – активному підкупі.

Таким чином, аналіз Особливої частини КК України дає підстави для твердження про те, що систему кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, складають понад 100 складів посягань, які розташовані практично у кожному розділі Особливої частини. Підставою для об'єднання цих кримінальних правопорушень у наведені вище класифікаційні групи стала роль об'єкта посягання (основний безпосередній чи додатковий безпосередній); вид складу (основний чи кваліфікований) та напрям заподіяння шкоди (ззовні чи зсередини).

У спеціальній кримінально-правовій літературі зустрічається думка про те, що кримінальні правопорушення, передбачені розділом XVII Особливої частини КК України, об'єднані не за ознакою об'єкта посягання, а за ознакою суб'єкта їх вчинення. Така позиція неодноразово та успішно піддавалася критиці. Одним з основних аргументом всупереч цій позиції наводиться той факт, що у розділі XVII Особливої частини КК України об'єднані суспільно небезпечні посягання, які вчиняються різними суб'єктами – як спеціальним, так і загальним. Своє ставлення до вчинення кримінального правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, загальним суб'єктом висловлювалося у цій роботі вище. Поряд із тим, останні комплексні зміни у питаннях відповідальності за «службові кримінальні правопорушення» спрямовувалися на ще більше

диференціювання суб'єктного склад відповідних посягань, відповідно до якого можна виділити альтернативну систему кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Отже, запропонуємо систему кримінальних правопорушень, побудовану на підставі характеристик суб'єкта відповідних посягань.

Якщо підтримати висловлену у літературі позицію щодо поділу всіх кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, залежно від того, ззовні, чи з середини відбувається посягання на об'єкт кримінально-правової охорони, то такий поділ засвідчуватиме зв'язок між системами відповідних кримінальних правопорушень, побудованими за різними критеріями. Отже, посягання «зсередини» полягають у заподіянні шкоди об'єкту кримінально-правової охорони суб'єктами, які мають спеціальний статус – службової особи або особи, яка професійно надає публічні послуги. Посягання ж «ззовні» – протиправний вплив на суб'єкта службових відносин, відносин із надання публічних послуг особою, яка не має спеціального статусу – так званім загальним суб'єктом.

Запропонована класифікація за своїм змістом здатна буде відобразити всю множину суспільно небезпечних посягань у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, однак, у цій роботі немає необхідності давати вичерпну характеристику класифікаційних груп, а варто, видається, лише окреслити їх характерні ознаки.

Перша група посягань на об'єкт кримінально-правової охорони «зсередини» пов'язана із характеристикою спеціального статусу суб'єкта кримінального правопорушення. І якщо раніше вся проблема кримінального права у цьому контексті зводилася до визначення поняття службової особи та віднесення до нього тих чи інших конкретних службових осіб, то після 2011 року законодавець створив досить розгалужену систему суб'єктів зі спеціальним статусом, вчинення суспільно небезпечних посягань якими становить собою те чи інше кримінальне правопорушення у відповідній сфері. Відразу необхідно наголосити на тому, що тут ми не будемо зупинятися на характеристиці окремих видів суб'єктів зі спеціальним статусом, а лише назвемо їх та відзначимо

суспільно-небезпечні посягання, які можуть вчинятися саме такими суб'єктами.

Поняття службової особи, яке традиційно було у полі зору науки Особливої частини кримінального права, перекачувало у Загальну його частину. Можливо це й обґрунтоване рішення, оскільки саме покликання Загальної частини кримінального закону визначати поняття та інститути кримінального права, спільні для всіх або більшості кримінальних правопорушень, визначених у Особливій частині КК України. 7 квітня 2011 року з'являється чинна редакція ст. 18 КК України, ч. 3 та ч. 4 якої визначає поняття службової особи. Це поняття є всі підстави вважати «загальним розумінням» цієї ознаки складу кримінального правопорушення, визначенням відповідного виду спеціального суб'єкта, яке поширюється на всі випадки використання його у статтях КК України, крім спеціально обумовлених у законі.

Таким чином, **першою групою кримінальних правопорушень** у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг є суспільно небезпечні посягання, що вчиняються службовою особою у розумінні ст. 18 КК України. До них належать: 1) всі кримінальні правопорушення, в яких законодавець суб'єкта посягання визначає як «службова особа» не обумовлюючи при цьому спеціального його виду, не визначаючи жодних конкретизуючих ознак; 2) всі кримінальні правопорушення, передбачені розділами I–XVI, XVIII–XX Особливої частини способом вчинення яких є «зловживання службовим становищем» не залежно від того, чи зазначено у статті КК суб'єкта, чи ні (за винятком конкретних службових осіб). Умовно кажучи, цей вид таких осіб можна назвати «загальна службова особа»; 3) Кримінальні правопорушення, відповідальність за які передбачена у статтях Розділу XVII Особливої частини, однак, щодо визначення поняття спеціального суб'єкта поширюються положення ст. 18 КК України (статті 366 та 367 КК України).

До **другої групи кримінальних правопорушень** належать суспільно небезпечні посягання, які вчиняються службовими особами, ознаки яких визначені у примітці до ст. 364 КК України. Основними ознаками цього виду службових осіб, не вдаючись до детальної їх характеристики є: 1) такі особи здійснюють функції представників влади чи місцевого

самоврядування; 2) обіймають в органах державної влади, місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій; 3) обіймають в органах державної влади, місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських функцій. Спільною ознакою для цього виду службових осіб, так би мовити, є місце роботи (служби) службової особи – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, державне або комунальне підприємство, установа чи організація. Саме тому є всі підстави умовно назвати цей вид службової особи «*публічна службова особа*». У такому розумінні спеціального суб'єкта, група кримінально-протиправних посягань, що ним може вчинятися, визначена у примітці 1 до ст. 364 КК України (ст. ст. 364, 368, 368⁵ КК України). Задля справедливості варто зауважити, що чинна диспозиція ст. 368⁵ КК України не містить такого суб'єкта кримінального правопорушення як службова особа у розумінні, визначеному у примітці 1 до ст. 364 КК України, тому посилання на цю статтю у згаданій примітці є помилковим.

До **третьої групи кримінальних правопорушень** належать суспільно небезпечні посягання, які виділені із «традиційних злочинів» у сфері службової діяльності – такі посягання вчиняються за визначенням законодавця службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Поняття цього виду службової особи не міститься у кримінальному законодавстві, а може бути виведене шляхом умовного «віднімання» ознак «публічної службової особи» від «загальної службової особи» – а те, що залишається, й буде ознаками поняття службової особи юридичної особи приватного права, або, умовно, «*приватної службової особи*». До кримінальних правопорушень, що можуть вчинятися саме цим видом спеціального суб'єкта потрібно віднести посягання, передбачені ст. ст. 364¹, 368³ КК України.

Четвертою групою кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг – є група суспільно-небезпечних посягань, статті про які розташовані, за загальним правилом, у інших, крім XVII, розділах

Особливої частини КК України, вказівку на спеціальний суб'єкт яких законодавець проводить шляхом вказівки на спеціально-конкретного суб'єкта: військової службової особи, члена виборчої комісії, судді, працівника органу досудового розслідування, капітана корабля і т.ін. Такий вид службової особи умовно можна назвати «конкретною службовою особою». Задля об'єктивного підходу варто також відзначити тенденцію спочатку появи, а потім розширення посягань, які можуть бути вчинені саме спеціально-конкретним суб'єктом: спочатку зміна суб'єкта у ст. 365 КК України, поява статей 366¹ (згодом 366²); 369³, 364², 365³ певним чином руйнують усталений у кримінально-правовій доктрині підхід до посягань, які передбачені у розділі XVII Особливої частини КК України як до таких, що передбачені загальними нормами.

П'ятою групою кримінальних правопорушень, які виділені законодавцем у системі кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є посягання, вчинити які можуть особи, які надають публічні послуги. Перелік таких посягань визначається із урахуванням прямої вказівки на цей вид спеціального суб'єкта (ст. ст. 365², 368⁴ КК України).

Повторимося, виділені тут п'ять груп кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, спричиняють шкоду об'єктові кримінально-правової охорони «зсередини», оскільки вчиняються спеціальним суб'єктом – особою із статусом службової або особи, яка надає публічні послуги. Саме їх і варто вважати власне кримінальними правопорушеннями, які заподіюють або здатні заподіяти шкоду відповідному об'єктові кримінально-правової охорони. Кримінальні правопорушення, які заподіюють шкоду об'єкту кримінально-правової охорони – нормальній службовій діяльності та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг – «ззовні» – вчиняються загальним суб'єктом **обов'язково** у «необхідній співучасті» зі спеціальним та складають останню групу серед посягань у розглядуваній системі кримінальних правопорушень і становлять собою ніщо інше як різні прояви активного підкупу.

Таким чином, залежно від характеристик суб'єкта кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності,

пов'язаної із наданням публічних послуг, можна розділити на шість груп суспільно небезпечних посягань: 1) ті, які вчиняються «загальною службовою особою»; 2) ті, які вчиняються «публічною службовою особою»; 3) ті, які вчиняються «приватною службовою особою»; 4) ті, які вчиняються «конкретною службовою особою»; 5) ті, які вчиняються особою, що надає публічні послуги та 6) ті, які вчиняються загальним суб'єктом.

Останньою, і на нашу думку, найбільш важливою системною класифікацією, яка повинна охоплювати всі види кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є класифікація за ознаками тієї складової частини родового об'єкту відповідних посягань, якій заподіюється безпосередня шкода, враховуючи специфіку об'єктивної сторони відповідних суспільно-небезпечних посягань. На підставі саме цієї класифікації й буде побудований матеріал курсу та цього навчального посібника. На підставі вказаного критерію можна виділити такі групи кримінальних правопорушень:

- 1) зловживання можливостями спеціального статусу;
- 2) перевищення можливостей спеціального статусу;
- 3) підкуп;
- 4) недбалість.

Реальне наповнення змістом цих класифікаційних груп побачимо під час розгляду відповідних тем курсу.

1.3. ЗНАЧЕННЯ КЛАСИФІКАЦІЙ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

У цьому питанні ми спробуємо пояснити для чого і у спеціальній літературі, і у цьому курсі ми приділяємо так багато уваги різним класифікаціям кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Яке це має принципове значення для науки кримінального права та його практики. Для зручності викладу матеріалу посібника, з високою долею умовності назвемо класифікації, проведені у попередній частині роботи

як: 1) за характеристиками структури безпосереднього об'єкта посягання; 2) за характеристиками суб'єкта; 3) за комплексними характеристиками об'єктивних ознак посягання (об'єкта та об'єктивної сторони).

Насамперед, видається, що значення різноманітних класифікацій кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, найкраще викласти у тезах, які б відзначали ті чи інші аспекти (сторони) значення відповідних класифікацій для кримінально-правової теорії та практики. Видається, що означеними тезами можуть бути такі:

– класифікація за характеристиками структури безпосереднього об'єкта кримінального правопорушення дає можливість скласти уявлення про достатньо повний, можна сказати, вичерпний перелік відповідних суспільно небезпечних посягань, сукупність яких у своїх взаємозв'язках та взаємозалежностях становить собою систему кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг;

– класифікація за характеристиками структури безпосереднього об'єкта кримінального правопорушення з великою часткою ймовірності засвідчує систему відповідних кримінально-правових норм, які можуть перебувати у конкуренції між собою. При цьому, норми, які передбачені статтями розділу XVII Особливої частини КК України, за загальним правилом, виступають (краще сказати – повинні виступати) загальними нормами, а норми, передбачені статтями, які розміщуються у інших розділах – можуть відігравати роль спеціальних. Виведення з цього прикладу загального правила передбачає масу винятків, які розглядатимуться нами у наступних частинах роботи. Проте, здається що твердження в цілому вірне, адже так звані «перехід об'єктів» з основного у додатковий, що обумовлений появою у складі додаткових конститивних ознак, свідчить про появу спеціальної норми, яка очевидно конкуруватиме із загальною та буде мати пріоритет у застосуванні;

– класифікація за характеристиками суб'єкта, проведена у межах розділу XVII Особливої частини КК України, свідчить про те, що кримінальні правопорушення, які входять у різні класифікаційні групи є: а) зовсім відмінними: кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних

послуг, які вчиняються загальним та спеціальним суб'єктом; б) мають суміжні склади: кримінальні правопорушення, які вчиняються публічно-службовими особами та приватно-службовими особами або особами, які надають публічні послуги; в) норми, що їх передбачають, перебувають у конкуренції загальних та спеціальних у межах одного розділу: кримінальні правопорушення, що вчиняються загальною службовою особою та кримінальні правопорушення, що вчиняються публічними або приватними службовими особами тощо; г) норми, що їх передбачають, перебувають у колізії між собою у зв'язку із вадами формулювання ознак різних спеціальних суб'єктів та порушенням при цьому критеріїв розмежування складів кримінальних правопорушень;

– класифікаційна група кримінальних правопорушень, виділена за ознакою вчинення їх конкретною службовою особою, що розташовані у різних, крім XVII, розділах Особливої частини КК України, передбачена здебільшого спеціальними нормами, які мають свої «материнські» загальні норми у розділі XVII Особливої частини КК України. У разі виключення із системи Особливої частини КК України якоїсь статті, яка б містила норму про кримінальне правопорушення, що вчиняється конкретною службовою особою, або визнання її неконституційною, підстав стверджувати про декриміналізацію відповідного діяння, як правило, не дає. Відповідальність особи можлива у такому разі за нормами, що містяться у статтях розділу XVII Особливої частини КК України;

– класифікація за комплексною характеристикою об'єктивних ознак посягання має значення для вирішення всіх, по-суті, поставлених вище питань. Створення за допомогою класифікації за характеристикою структурної частини родового об'єкта посягання та його об'єктивної сторони відповідних класифікаційних груп дасть можливість: а) зорієнтувати правозастосовувача на відповідний перелік статей, якими може бути передбачене вчинене діяння, адже ознаки об'єктивної сторони – найбільш «пізнавані» серед всіх, є такими, що насамперед виявляються правоохоронними органами та скеровують на відповідні норми кримінального права; б) встановити справжній характер співвідношення норм, передбачених статтями про кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності або професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, тощо.

ТЕМА 2. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Завданням цієї теми є ознайомлення студентів із характерними ознаками кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, та їх змістом. Йдеться про те, що у цій частині курсу ми зупинимось на тих ознаках, які є спільними для всіх або більшості кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є знання про такі ознаки, їх зміст та правила застосування з тим, щоб при розгляді інших тем курсу не зупиняти на них своєї уваги.

2.1. ЗМІСТ ЗАГАЛЬНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

За час свого навчання студент будь якого юридичного факультету неодноразово зустрічається із різними характеристиками правових понять та явищ. Одним з найбільш «охарактеризованих» правових (або протиправних) явищ є кримінальне правопорушення. Кримінальне правопорушення одержує свої характеристики і з точки зору криміналістики – криміналістична характеристика; з точки зору кримінології – кримінологічна характеристика, й, очевидно, кримінального права – кримінально-правова характеристика. Кримінально-правова характеристика конкретного кримінального правопорушення, за твердженням проф. В. О. Навроцького, повинна включати такі характеристики:

- 1) визначення місця посягання в системі Особливої частини;
- 2) формулювання поняття кримінального правопорушення;
- 3) аналіз ознак основного складу кримінального правопорушення;
- 4) аналіз видів кримінального правопорушення (кваліфікованих, особливо кваліфікованих, вчинених за пом'якшуючих ознак);
- 5) відмежування даного кримінального правопорушення від суміжних;
- 6) характеристика суспільної небезпеки посягання та актуальних для теорії і практики завдань боротьби з ними⁶.

Повна характеристика конкретного суспільно небезпечного посягання насправді повинна містити всі ці характеристики, й при розгляді конкретних кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, ми будемо прагнути наповнити ці характеристики конкретним змістом. Єдине, що на самому початку цієї роботи ми обумовили відхід від коментаторського характеру викладу матеріалу, тому структурно виклад матеріалу, очевидно не співпадатиме з переліком складових кримінально-правової характеристики. Так, наприклад, визначення місця посягань та формулювання поняття кримінально-правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, можна зустріти у попередній частині курсу; аналізові видів кримінальних правопорушень, які є результатом диференціації кримінальної відповідальності за посягання на нормальну службу та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, присвячена цьому тема курсу.

Отож, необхідно визначитися із змістом так званої «загальної характеристики» кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, яка є предметом саме цієї теми. За визначенням це мають бути аспекти, які є спільними, однаковими для всіх або більшості відповідних

⁶ Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина. Курс лекцій. Київ: Знання, 2000. 771 с. Щодо кримінально-правової характеристики кримінальних правопорушень у доктрині кримінального права є й інші підходи. Детальніше див.: Борисов В. І., Пашенко О. О. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 3(42). С. 180–190.; Вознюк А. А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів. *Науковий вісник академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 154–160.

кримінальних правопорушень, ознак, які відображають природу відповідних посягань. Такий підхід дасть можливість уникнути вимушеного дублювання матеріалу, зекономити час для більш глибокого опанування навчального матеріалу.

Видається обґрунтованим розглянути у межах загальної характеристики кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, такі проблеми:

1) характеристика поширеності та суспільної небезпеки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг;

2) характеристика поняття спеціального суб'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг;

3) характеристика істотної шкоди як криміноутворюючої ознаки окремих кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг;

4) характеристика поняття «неправомірна вигода» як наскрізного у кримінальному праві.

2.2. ХАРАКТЕРИСТИКА ПОШИРЕНOSTІ ТА СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕКИ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Найкраще поширеність аналізованих суспільно-небезпечних посягань можна відобразити у таблиці із урахуванням показників офіційної «кримінальної статистики».

Статистична інформація щодо кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, у 2001–2019 рр⁷.

⁷ В'юник М. В. Кримінально-правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали) / М. В. В'юник, М. В. Карчевський, О. Д. Арланова; упорядник Ю. В. Баулін. Харків: Право, 2020. С. 148.; Офіційний сайт Офісу Генерального прокурора URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=114140&libid=100820&c=edit&c=fo; Офіційний сайт Судова влада України URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/

№	Кримінальне правопорушення	Стаття КК	2016		2017		2018		2019		2020		
			пров.	засуд.	пров.	засуд.	пров.	засуд.	пров.	засуд.	пров.	засуд.	
1.	Зловживання владою або службовим становищем	364	3360	36	3995	23	3589	9	4371	9	4060	13	
2.	Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми	364-1	396	Відс.	323	Відс.	244	13	261	10	265	16	
3.	Здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України	364-2	Кодекс доповнено статтею 364 ⁻² згідно із Законом № 404-IX від 19.12.2019									2	-
4.	Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу	365	1140	37	2032	13	2159	9	2599	16	2564	10	
5.	Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги	365-2	174	Відс.	234	Відс.	308	1	472	-	379	-	
6.	Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей	365-3	Кодекс доповнено статтею 365 ⁻³ згідно із Законом № 768-IX від 14.07.2020									-	-
7.	Службове підроблення	366	5583	Відс.	6592	Відс.	6644	131	5534	87	6257	89	
8.	Декларування недостовірної інформації	366-2	Кодекс доповнено статтею 366 ⁻² згідно із Законом № 1074-IX від 04.12.2020									-	-
9.	Неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування	366-3	Кодекс доповнено статтею 366 ⁻² згідно із Законом № 1074-IX від 04.12.2020									-	-

ТЕМА 2. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ...

10.	Службова недбалість	367	1706	Відс.	1774	Відс.	1940	78	2478	64	1870	53
11.	Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою	368	1578	316	2086	261	2189	241	1744	176	1607	125
12.	Незаконне збагачення	368-2	43	Відс.	104	Відс.	73	-	5	-	Визнана неконституційною	
13.	Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми	368-3	58	Відс.	60	Відс.	66	9	68	22	33	8
14.	Підкуп особи, яка надає публічні послуги	368-4	15	Відс.	55	Відс.	31	9	49	4	18	4
15.	Незаконне збагачення	368-5	Кодекс доповнено статтею 368 ⁵ згідно із Законом № 263-ІХ від 31.10.2019								10	-
16.	Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі	369	430	104	556	138	785	282	1121	495	1348	681
17.	Зловживання впливом	369-2	254	Відс.	249	Відс.	285	201	193	155	193	93
18.	Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань	369-3	2	Відс.	0	Відс.	3	-	1	-	2	-
19.	Провокація підкупу	370	23	Відс.	39	Відс.	52	-	55	-	42	-

Очевидно, що до цієї таблиці не попали кримінальні правопорушення, які були виокремлені у самостійні статті у 2020 році, однак їх питома вага настільки незначна, що не здатна вплинути на загальну картину «службової деліктності».

Питома вага кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг у загальній структурі «злочинності» в Україні протягом 2011–2019 рр⁸.

⁸ В'юник М.В. Кримінально-правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали) / М.В. В'юник, М.В. Карчевський, О.Д. Арланова; упорядник Ю.В. Баулін. Харків: Право, 2020. С. 149.; Офіційний сайт Офісу Генерального прокурора URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=114140&libid=100820&c=edit&c=fo

2.2. ХАРАКТЕРИСТИКА ПОШИРЕНOSTІ ТА СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕКИ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ...

Період	Усього	Кількість	Питома вага%
2011	515833	15969	3,10
2012	443665	9667	2,18
2013	563560	16586	2,94
2014	529139	15560	2,94
2015	565182	14997	2,65
2016	592604	14820	2,50
2017	523911	19234	3,67
2018	487133	19909	4,09
2019	444130	20069	4,52
2020	360622	18996	5,26

Аналізуючи цю статистику, варто пам'ятати, що за твердженням кримінологів, кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, наділені високим ступенем латентності. Більша частина реально вчинених правопорушень, які посягають на нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, з об'єктивних (відсутність конкретного потерпілого-заявника, завуальованість наслідків тощо) та суб'єктивних («корпоративна етика» та корупційність правоохоронної системи) так і не стає відомою правоохоронним органам, а отже і не відображається у офіційних статистичних показниках.

Крім того, у попередньому розділі посібника відзначено, що понад 100 складів кримінальних правопорушень, які розміщені у інших, а не у XVII, розділах Особливої частини КК України, також мають своїм об'єктом нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг. Їх вчинення не відображене у наведених даних. Тому про реальний стан «деліктності», «злочинності» сфери службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, можна тільки здогадуватись.

Порівняльний аналіз статистичних показників кількості зареєстрованих кримінальних проваджень та засуджених за них осіб засвідчує різницю відмінності між першим та другим показником щодо окремих кримінальних правопорушень.

Щодо суспільної небезпеки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, вона очевидна.

У цьому навчальному посібнику немає потреби описувати руйнівний вплив кримінальних правопорушень на ті цінності, блага та відносини, проти яких вони спрямовані, однак декілька тез стосовно суспільної небезпечності відповідних посягань, варто таки відзначити:

– нормальна службова діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, є універсальним правовим благом, порушення якого здатне спричинити шкоду рівноправному розвитку кожного члена суспільства, нормальному функціонуванню всіх без винятку суспільних інституцій;

– всі корупційні кримінальні правопорушення, незалежно від того, як ми їх визначаємо (чи із використанням переліку, передбаченого у примітці до ст. 45 КК України, чи із використанням родових ознак, названих у Законі України «Про запобігання корупції»), належать до кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, а тому величезна шкода, яка ними заподіюється, є лише частиною тієї шкоди, яка заподіюється досліджуваними нами кримінальними правопорушеннями;

– вчинення кримінального правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, на наше глибоке переконання, порушує одну з найважливіших засад функціонування людського суспільства, не побоюся зазначити – цивілізаційної засади – довіри. Використання делегованих повноважень всупереч інтересам того, хто їх делегував, підриває довіру, руйнує нормальні стосунки людей між собою та з уповноваженими ними ж органами та інституціями і шкоду від такого руйнування виміряти практично неможливо. Вона засаднича;

– кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, досить резонансні. Стрічки соціальних мереж, випуски новин переповнені повідомленнями про викриття того чи іншого «високопосадовця». Такий інформаційний фон поряд із фактичною безрезультатністю протидії досліджуваним кримінальним правопорушенням, негативно відбивається на авторитеті держави в цілому, її міжнародному реноме, інвестиційній привабливості, економічному розвитку в цілому.

2.3. ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ СПЕЦІАЛЬНОГО СУБ'ЄКТА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Питання щодо визначення спеціального суб'єкта у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є центральним питанням цієї теми у курсі Особливої частини кримінального права України. Воно ж є важливим і у межах цього курсу, оскільки вирішення його у цій частині навчального посібника дасть можливість уникнути непотрібного дублювання матеріалу та зекономити навчальний час.

Як вже зазначалося вище, характеристики спеціального суб'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, стали підставою для проведення класифікації відповідних суспільно небезпечних посягань на такі групи:

- 1) кримінальні правопорушення, що вчиняються «загальною службовою особою»;
- 2) кримінальні правопорушення, що вчиняються «публічною службовою особою»;
- 3) кримінальні правопорушення, що вчиняються «приватною службовою особою»;
- 4) кримінальні правопорушення, що вчиняються «конкретною службовою особою»;
- 5) кримінальні правопорушення, що вчиняються особою, яка надає публічні послуги.

Таким чином у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг діють дві основні категорії спеціальних суб'єктів: 1) службові особи у певних різновидах та 2) особи, які займаються професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг.

Розпочнемо свій розгляд із визначення поняття «службова особа». Тривала педагогічна діяльність автора цього посібника дає підстави для висновку про складність нормативного визначення цього поняття. Студенти з трудом засвоюють відповідні визначення та, як наслідок,

практика застосування кримінального закону у цій частині має помилки, обумовлені, як видається, саме дидактичними проблемами. Спробуємо, використовуючи надбання кримінально-правової доктрини, дещо спрощено, структурно викласти матеріал, присвячений проблемі з'ясування поняття «службової особи».

На початку, напевне, варто наголосити, що властивості (характеристики) поняття «службова особа» можна умовно поділити на «статусні» та «функціональні».

Статусні властивості у всіх виділених нами видів службових осіб є однаковими. Відмінність же між такими підвидами, як ми спробуємо довести нижче, лежить у площині характеристики функціональних ознак. Визначити, які ж характеристики службової особи є статусними, а які – функціональними, нам допоможе визначення загального поняття «службова особа», запропоноване законодавцем у ч. 3 ст. 18 КК України.

Відповідно до цього нормативного положення *службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади зі спеціальним статусом, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.*

Аналіз цього законодавчого визначення загального поняття службової особи дає підстави виділити у цьому понятті такі властивості чи характеристики:

Статусні:

- це особа, яка виконує певні функції постійно;
- це особа, яка виконує певні функції тимчасово;
- це особа, яка виконує певні функції за спеціальним повноваженням.

Функціональні:

- це особа, яка є представником влади;

- це особа, яка є представником місцевого самоврядування;
- це особа, яка обіймає посаду, пов'язану із виконанням організаційно-розпорядчих функцій;
- це особа, яка обіймає посаду, пов'язану із виконанням адміністративно-господарських функцій.

Сполучення будь-якої з наведених статусних властивостей із будь-якою характеристикою функціональною дає нам у результаті зміст поняття службової особи, в якому кожна з цих характеристик набуває значення ознак поняття – тих необхідних та достатніх для визначення конкретного поняття якостей без яких дане поняття не може виступати саме як дане поняття. Тому ми спочатку назвали статусні та функціональні властивості властивостями або характеристиками, а не ознаками. Вказані властивості наведені у визначенні загального поняття службова особа як альтернативні для статусного чи функціонального позначення службової особи.

Статусні характеристики службової особи є тими властивостями службової особи, які є спільними для всіх її видів; загальної службової, публічної службової, приватної службової, конкретної службової.

Постійне виконання функцій службової особи означає, що така особа виконує відповідні функції з моменту призначення (обрання) її на відповідну посаду і такі функції входять у коло її повноважень, визначених посадовою інструкцією, трудовим договором, положенням або законом чи іншим нормативним актом і є, умовно кажучи, основною функцією такої особи.

Тимчасове виконання функцій службової особи означає, що відповідна особа за основним своїм призначенням не виконує функції службової особи, або виконує інші функції, однак виконує функції службової особи з моменту призначення (обрання) її на відповідну посаду протягом визначеного законом, договором, наказом, положенням або законом (іншими нормативно-правовим актом) часу.

Виконання особою службових функцій *за спеціальним повноваженням* означає, що відповідна особа, за основними своїми функціями не будучи службовою, за дорученням уповноважених на те органів, установ, осіб, яке дається у належній формі виконує функції, які характерні саме для службової особи.

Важливим у даному випадку є те, що статус особи як службової, виникає в неї або на постійній основі (за контрактом, трудовим договором, відповідно до положення тощо), або обмежене у часі, або визначене у належній формі повноважним суб'єктом, але у будь-якому разі на законних підставах та у передбаченій законом формі.

Відмінність у характеристиках службової особи, які визначають її конкретний вид, проявляється у **функціональних властивостях** таких осіб.

Загальна службова особа, враховуючи положення ст. 18 КК України, характеризується поєднанням у її понятті будь-якої з статусних характеристик службової особи з будь-якою функціональною її характеристикою.

Публічна службова особа, своєю чергою, характеризується будь-якою з статусних властивостей службової особи у поєднанні з такими функціональними властивостями:

- 1) виконання функцій представника влади;
- 2) виконання функцій представника місцевого самоврядування;
- 3) виконання організаційно-розпорядчих функцій;
- 4) виконання адміністративно господарських функцій.

Третя та четверта функціональна властивість «публічних службових осіб» стосується виключно органів державної влади, органів місцевого самоврядування, державних та комунальних підприємств, установ та організацій. Іншими словами, такі особи повинні обіймати відповідні посади саме там. При цьому слід мати на увазі, що відповідно до абз. 2 примітки 1 до статті 364 КК України, *для цілей статей 364, 365, 368, 368⁵, 369 КК до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді права вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.*

Така сукупність ознак «публічної службової особи» повністю відповідатиме визначенню поняття цього виду спеціального суб'єкта, закріпленого у примітці 1 до ст. 364 КК України: *Службовими особами у статтях 364, 365, 368, 368⁵, 369 цього Кодексу є особи, які постійно, тимчасово або за спеціальним повноваженням здійснюють функції*

представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Приватна службова особа характеризується будь-якою з статусних властивостей службової особи у поєднанні з такими функціональними властивостями:

- 1) виконання організаційно-розпорядчих функцій;
- 2) виконання адміністративно господарських функцій.

Наведені функціональні властивості стосуються виключно недержавних та не комунальних юридичних осіб, які кримінальне законодавство визначає поняттям «юридична особа приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Своєю чергою, ці особи повинні обіймати відповідні посади саме на таких підприємствах, установах чи в організаціях.

При цьому спостерігається певна неузгодженість нормативних положень КК України, що тягне за собою прогалини кримінально-правового регулювання (хоча про них у кримінальному праві говорити не прийнято). Йдеться про те, що при визначенні поняття юридичної особи приватного права слід враховувати те, що поняття «приватної службової особи» не визначено безпосередньо у тексті КК України (на відміну від попередніх двох видів), а виводиться з урахуванням визначень, закріплених у ст. ст. 18 та 364 КК України. А отже юридичними особами, в яких «приватні службові особи» обіймають посади, пов'язані із виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій чи виконують такі функції за спеціальним повноваженням, є будь-які юридичні особи, які не є органами державної влади, місцевого самоврядування, державними чи комунальними підприємствами, установами чи організаціями. Інше тлумачення цього поняття

може призвести до прогалини у охороні нормальної службової діяльності, оскільки може трапитися ситуація, що особа виконує функціональні властивості службової у юридичній особі, яка не є власне юридичною особою приватного права у цивільно-правовому розумінні, й одночасно, не є органом державної влади, місцевого самоврядування, державним чи комунальним підприємством, установою чи організацією. Така ситуація у кримінальному законодавстві виникла у зв'язку із «половинчастим» використанням цивільно-правових понять у КК. Краще, очевидно було б використати ту класифікацію, яка викладена у ч. 2 ст. 81 ЦК України: юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. У такому разі, якихось уточнень та додаткових тлумачень було б не потрібно. Місцем виконання своїх функціональних властивостей «публічних службових осіб» можна було б визнати юридичні особи публічного права. Теперішня ж ситуація, коли критерієм для визначення юридичної особи приватного права необхідно використовувати положення ЦК України, а для іншого поняття – критерій частки державної чи комунальної власності – не відповідає логіці класифікування будь-якого поняття.

Недоліки відсутності визначення у КК поняття «приватної службової особи» відзначаються і у спеціальній літературі. Так, О. О. Дудоров відзначив, що однією з вад перманентно оновлюваного антикорупційного законодавства є відсутність у ньому визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права» і відсутність посилань на таку особу у загальному визначенні поняття «службова особа» (ст. 18 КК). При цьому присвячені службовим особам положення, які наразі містяться у ст. 18 КК, як такі, що стосуються лише одного виду спеціального суб'єкта і тому безпідставно включені до Загальної частини КК, мають бути перенесені до розділу XVII Особливої частини КК. Законодавче ж визначення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 3 (4) ст. 368-3 КК, доцільно удосконалити, беручи до уваги те, що: 1) термінологічний зворот «службова особа юридичної особи приватного права» не охоплює осіб, які не займаючи посад в юридичних особах приватного права, виконують в інтересах цих юридичних осіб організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням;

2) поділ юридичних осіб на два види (публічного і приватного права) в сучасній українській цивілістиці не вважається безспірним; 3) коло суб'єктів кримінально караного підкупу в приватному секторі слід розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи – підприємця на підставі трудового договору, виконують відповідні функції. Зважаючи на викладене, в ч. 3 ст. 368-3 КК суб'єкта злочину, передбаченого цією нормою, пропонуємо позначити як «службову особу крім тієї, що вказана в ч. 1 і ч. 2 примітки ст. 364 КК України». Реалізація викладеної пропозиції, означаючи відмову від дискусійного у цивілістиці поділу юридичних осіб на осіб публічного та приватного права, дозволить точніше визначити коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність у приватному секторі⁹. Як бачимо, позиції авторів аналізованої публікації та автора цього посібника в цілому збігаються. Однак реалізація запропонованих законодавчих пропозицій залишає відкритим питання, наприклад, назви відповідних статей КК України.

Конкретна службова особа – спеціальний суб'єкт кримінального правопорушення, який відповідає ознакам будь-якого, розглянутого вище виду службової особи, і, разом із тим, наділений законом іншими, додатковими (додатковою) ознаками (ознакою), які (яка) за своєю правовою природою змінює статус безпосереднього об'єкта злочину з основного на додатковий. Таким би мало бути загальне правило. Справа у тому, що у розділі XVII Особливої частини КК України не повинні міститися кримінальні правопорушення, суб'єктом яких є конкретна службова особа. При цьому жодних застережень ми не бачимо, якщо окремі ознаки конкретної службової особи можуть бути ознаками, які кваліфікують відповідне суспільно небезпечне діяння. Наприклад, примітка 2 до статті 368 КК України визначає поняття службових осіб, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище. Однак, законодавець, волею-неволею відійшов від цього правила і почав використовувати конструкції складів кримінальних правопорушень із конкретною службовою особою у статтях розділу

⁹ Дудоров О. О. Суб'єкт «пасивного» підкупу службової особи юридичної особи приватного права: сучасний стан і перспективи. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2015. Вип.3. С. 81–98.

XVII Особливої частини КК України. Видається, що такий підхід не достатньо обґрунтований.

Як випливає з проведеного аналізу, для повного розкриття змісту поняття службової особи у кримінальному праві в цілому і задля виконання цілей цього посібника необхідно встановити, що ж означає:

- 1) представник влади;
- 2) представник місцевого самоврядування;
- 3) організаційно-розпорядчі функції;
- 4) адміністративно-господарські функції.

Визначаючи ці поняття, практично вся навчальна література орієнтується на розуміння цих понять, які вироблені судовою практикою та викладені у постанові Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про хабарництво». Очевидно, що враховуючи стан кримінального законодавства саме у цій сфері, положення, викладені у згаданому акті потребують своєрідної ревізії або уточнення.

Представниками влади, за визначенням Верховного Суду України, є, 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 не залежно від їх відомчої належності чи підлеглості. Аналізуючи дане визначення, звернемо увагу на дві основні ознаки, які характеризують саме цю функціональну властивість службової особи: 1) місце та характер служби; 2) специфіка повноважень. Відповідно, особа повинна мати юридичний зв'язок саме із органом державної влади (перебувати на державній службі або перебувати у трудових відносинах чи бути спеціально уповноваженою таким органом) та, крім цього, характер функцій, які покладені на таку особу повинні мати владний характер. Тобто особа повинна мати повноваження, компетенцію надавати вказівки, обов'язкові для виконання для непідпорядкованих по службі адресатів. При цьому обов'язковий характер таких вказівок забезпечується примусовою силою держави. В цьому, як видається, і є суть державної влади у прикладному власне для цього поняття значенні.

У навчальній літературі поняття представника влади розглядають поряд із таким, відносно новим, поняттям, як *представник*

місцевого самоврядування. Очевидно, що згадана вище постанова Пленуму Верховного Суду України не містить положень щодо визначення цього поняття. У літературі ж, зокрема зазначається, що представники влади та місцевого самоврядування – це особи, які діючи від імені всіх гілок державної влади або органів місцевого самоврядування, реалізують надані їм владні повноваження, що тягне правові наслідки для невизначеного кола непідлеглих їм по службі осіб. Під особами, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників місцевого самоврядування, слід розуміти депутатів місцевих рад усіх рівнів, сільських, селищних, міських голів, а також голів виконкомів місцевих рад та інших осіб, які за посадою, дорученням та рішенням суду або законом мають право виступати від імені органів місцевого самоврядування¹⁰. Наведене визначення вказує на основну ознаку, яка дає можливість вирізнити саме цю функцію службової особи з-поміж інших: повноваження виступати від імені органів місцевого самоврядування. Таким чином, характеризуючи службову особу як представника місцевого самоврядування, можна відзначити також дві ознаки, яким повинна бути наділена така особа: 1) повинна мати юридичний зв'язок саме із органом місцевого самоврядування (посадовою особою місцевого самоврядування або перебувати у трудових відносинах чи бути спеціально уповноваженою органом місцевого самоврядування) та, крім цього, характер функцій, які покладені на таку особу, повинні полягати у праві вступати у юридично-значимі відносини від імені територіальної громади. У цьому аспекті цікавим є юридична оцінка поведінки працівників комунальних підприємств, які виконують квазівладні функції, наприклад, інспекторів з паркування та працівників «місцевих варт». Видається, що незважаючи на їх статус працівників підприємств, а не посадових осіб місцевого самоврядування, їх варто вважати представниками місцевого самоврядування, які виконують таку функцію за спеціальним повноваженням, а їх поведінку оцінювати через призму їх статусу службової особи саме за цією ознакою.

¹⁰ Кримінальне право (Особлива частина): підручник / За редакцією О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 2. Луганськ: Видавництво Елтон-2, 2012. С. 406.

Організаційно-розпорядчі обов'язки, за визначенням Верховного Суду України, це *обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників та підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробы, бригадири тощо)*. Читаючи лекції з Особливої частини кримінального права України, автор цього посібника, усвідомлюючи всю небезпеку такого підходу, завжди прагнув до спрощення визначення цього поняття, його осучаснення. Так, видається, вироблене судовою практикою та виписане Верховним Судом, можна звести фактично до функцій управління людьми та/або ділянкою роботи, іншими словами лінійний чи функціональний менеджмент.

Адміністративно-господарські обов'язки, за визначенням Верховного Суду України, це *обов'язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо)*. Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних фінансових відділів і служб, завідувачих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо. Знов ж таки, спрощуючи, можна відзначити, що це функції з управління чужим для особи майном, функції з визначення юридичної долі чужого, не власного майна.

Наступним спеціальним суб'єктом кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є нове явище у кримінальному праві України – *особа, яка займається професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг*. Введення до тексту КК України такого спеціального суб'єкта поклато край окремим науковим дискусіям (наприклад, чи є експерт службовою особою) і породило нові. Як же визначити наведене

поняття, яке є по суті симбіозом відомих праву понять «адміністративна послуга» та «публічний договір»?

Визначення поняття «особа, яка займається професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг», або коротко, відповідно до формулювання назв ст. 365², ст. 368⁴ КК України, – «особа, яка надає публічні послуги» можна спробувати сформулювати, використовуючи положення диспозицій відповідних статей КК.

Законодавець використав відкритий перелік як спосіб визначення цього поняття. Відповідно до положень диспозицій статті 365² КК України до осіб, які надають публічні послуг, точно належать:

- 1) аудитор;
- 2) нотаріус;
- 3) оцінювач;

4) уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб

5) інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, у тому числі послуг:

- експерта;
- арбітражного керуючого;
- приватного виконавця;
- незалежного посередника;
- члена трудового арбітражу;
- третейського судді (під час виконання цих послуг).

6) державний реєстратор;

7) суб'єкт державної реєстрації прав;

8) державний виконавець;

9) приватний виконавець.

Наведене визначення не видається нам досконалим, чи навіть просто зрозумілим. Перша ж недоречність, яка кидається у очі, виходячи з аналізу запропонованого законодавцем переліку осіб, які надають публічних послуг, є посилення на «приховану» негативну ознаку цього поняття: «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування». Справа у тому, що до сих пір законодавець у тексті кримінального закону не використовував ці два поняття. Очевидно, що

ставити знак рівняння між представником влади та представником місцевого самоврядування та державним службовцем та посадовою особою місцевого самоврядування відповідно – підстав немає. Це різні за своєю природою та функціональним призначенням поняття. Перші два свідчать про наявність у особи статусу службової особи, інші – статус службовця у адміністративно-правовому порядку. Якщо законодавець цією негативною ознакою намагався відмежувати ці два види спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг: службової особи та особи, яка надає публічні послуги – спроба невдала. Тим більше, із появою у переліку осіб, які надають публічні послуги таких осіб, наприклад, як державний виконавець – державний службовець та представник влади, та, відповідно, державний реєстратор – часто посадова особа місцевого самоврядування. Крім того, у запалі «удосконалення» антикорупційного законодавства, часом втрачається логіка диференціації кримінальної відповідальності певних суб'єктів та серед «осіб, які надають публічні послуги» з'являються «службові особи», наприклад, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб.

Невдалим є також спосіб визначення поняття «особа, яка надає публічні послуги». Законодавець визначив цього спеціального суб'єкта: 1) подвійним переліком таких осіб: а) аудитор, нотаріус, оцінювач, уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та б) державний реєстратор, суб'єкт реєстрації прав, державний виконавець, приватний виконавець; 2) відкритим переліком відповідних послуг, які може надавати відповідна особа: експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді. При цьому вказівка законодавця на «час виконання цих функцій», видається, абсолютно зайвою, оскільки вчинити зловживання повноваженнями безвідносно до виконання відповідних функцій неможливо, а обмежувати таку поведінку часовими рамками – недоцільно. Крім того, цікавим є наявність двох суб'єктів: особи, яка виконує послуги приватного виконавця та приватного виконавця. Виходячи зі змісту регулятивного законодавства: Закону України «Про виконавче провадження» та Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють

примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», це одна і та сама особа.

Крім наведеного вище, встановленню змісту поняття саме цього виду спеціального суб'єкта злочинів у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, може допомогти використання системного тлумачення КК України. Щоправда ця допомога вносить ще більше нерозуміння позиції законодавця. Так, посилання на особу, яка надає публічні послуги, міститься ще й у ст. 358 КК України. Ч. 2 ст. 358 КК України встановлює ознаки спеціального суб'єкта відповідного злочину шляхом вказівки на позитивні та негативні ознаки, а саме: «...працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача приватним підприємцем, аудитором, експертом, оцінювачем, адвокатом, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг...». З цього визначення випливають такі міркування: 1) адвокат, на думку законодавця, є особою, яка займається професійною діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг (думається, що точно не адміністративних); 2) чи не вважає законодавець фізичну особу – підприємця особою, яка надає публічні послуги безвідносно до характеру реальних послуг, які нею надаються? Перелік питань, які виникають з системного тлумачення, можна продовжувати й далі. Однак головним при цьому залишається те, що ясності у розумінні цього виду спеціального суб'єкта кримінального правопорушення більше не стало.

Сумнівів у визначеність цього поняття додає ще й те, з переліку осіб, які надають публічні послуги, відповідно до ст. 368⁴ КК України «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» десь зникли (а точніше – не з'явилися) й уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, й державний реєстратор, й суб'єкт реєстрації прав, й державний виконавець. Виникає закономірне питання, наприклад, чи не потрібно одержання неправомірної вигоди, наприклад,

державним виконавцем кваліфікувати не за ст. 368 КК України, а за більш привілейованою нормою, передбаченою ст. 368⁴ КК України, яка містить невичерпний перелік осіб, які надають публічні послуги, а диспозиція ст. 365² КК України до таких осіб відносить у тому числі й державних виконавців? Абсурд.

Для об'єктивного та повного визначення поняття, яке не має чітко визначеної множини свого обсягу, необхідно використати родові ознаки цього поняття. Оскільки законодавець невичерпний перелік запропонував щодо видів публічних послуг, зазначаючи ознаку «у тому числі», необхідно навести родові ознаки поняття «публічні послуги».

Доктрина кримінального права володіє певним набором позицій та підходів з приводу визначення відповідного поняття. Наведемо короткий нарис надбань кримінально-правової науки у сфері визначення відповідного поняття.

Так, В. І. Тютюгін зазначив, що в основу вирішення цього питання можуть бути покладені різні критерії, а публічними можуть визнаватися послуги, виходячи з того: а) що вони є загальнодоступними і тому надаються на звернення будь-якої особи; б) що правом надання таких послуг осіб, які здійснюють певну професійну діяльність, наділяють органи держави чи місцевого самоврядування; в) що такі послуги, на відміну від суто професійних, мають юридично значущий характер, оскільки підтверджують чи посвідчують певні події, явища або факти, які породжують чи здатні породити наслідки правового характеру; г) що при наданні таких послуг зазначені особи також здійснюють організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, але не належать при цьому до службових осіб чи найманих працівників юридичних осіб публічного чи приватного права¹¹.

На думку О. І. Григораша, слід виділяти такі ознаки публічних послуг: 1) вони забезпечують діяльність загальнозначущої спрямованості; 2) мають необмежене коло суб'єктів, що користуються ними; 3) здійснюються або органом державної й муніципальної влади, або

¹¹ Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення. *Юридичний вісник України*. 30 січня-5 лютого 2010 р. № 5.

іншим суб'єктом; 4) ґрунтуються як на публічній, так і на приватній власності. Стверджується, що публічні послуги – це послуги, які надаються державними структурами та органами місцевого самоврядування або іншими суб'єктами за рахунок публічних коштів. За ознаками суб'єкта управління, котрий надає публічні послуги, слід відрізнити такі види публічних послуг: 1) державні послуги – це послуги, які надаються органами державної влади (насамперед виконавчої) та державними підприємствами, установами та організаціями. До числа державних послуг відносяться також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень, за рахунок коштів державного бюджету; 2) муніципальні (комунальні) послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування, комунальними підприємствами, установами та організаціями за рахунок коштів місцевих бюджетів; 3) управлінські послуги – це розпорядча діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що регламентована законом і здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб і спрямована на реалізацію їх прав, свобод і законних інтересів; 4) адміністративні послуги, які передбачають юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо)¹².

Ю. В. Городецький та С. В. Гізімчук зазначають, що публічні послуги характеризуються такими ознаками: 1) спрямованість на захист чи забезпечення умов для реалізації суспільних інтересів, прав та інтересів фізичних та юридичних осіб; 2) порядок та форма їх надання визначені державою чи органом місцевого самоврядування; 3) вони породжують наслідки правового характеру¹³.

Науковці Національної академії прокуратури України визначають публічні послуги як послуги: 1) що безпосередньо породжують наслідки правового характеру, спрямовані на реалізацію прав та законних

¹² Григораш О. І. Публічні послуги у сфері державного управління: поняття та зміст. *Науковий вісник Чернівецького університету*. № 385 URL: <http://lawreview.chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=32&article=715>

¹³ Кримінальне право України: Особлива частина [Підручник] / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація [4 видання, перероблене і доповнене]. Харків: Право, 2010. С. 263.

інтересів фізичних або юридичних осіб; 2) порядок та форма надання яких визначається державою чи органами місцевого самоврядування у відповідних нормативно-правових актах або угодах; 3) що надаються особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування. До публічних послуг за умови, що вони безпосередньо тягнуть за собою правові наслідки, належать такі види послуг: адміністративні, соціальні, з надання правової допомоги, житлово-комунальні, інформаційні, медичні, послуги з оздоровлення і відпочинку, освітні, послуги з протипожежного захисту та рятування, транспортні і послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо¹⁴.

М. І. Хавронюк визначає публічні послуги як послуги, що надаються публічним сектором (тобто органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної та комунальної форм власності), а в окремих випадках – приватним сектором під відповідальність публічного сектору (публічної влади) і за рахунок публічних коштів (тобто коштів державного і місцевого бюджетів). Науковець зазначає, що крім адміністративних, за критерієм їхнього змісту виділяється такі види публічних послуг, як соціальні, житлово-комунальні, медичні послуги та послуги з оздоровлення та відпочинку, освітні послуги, послуги з протипожежного захисту та рятування, транспортні послуги та послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо¹⁵.

В. М. Киричко до загальних ознак, які характеризують зазначених осіб (*які надають публічні послуги – О.М.*), можна віднести наступні: 1) їх повноваження передбачені відповідними законами України; 2) їх функції належать публічній сфері суспільних відносин і пов'язані із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування; 3) публічна послуга виражається у здійсненні певних повноважень, передбачених законом, на засадах об'єктивності та неупередженості; 4) здійснення повноважень не є реалізацією приватного інтересу особи, яка надає

¹⁴ Методичні рекомендації з питань кваліфікації корупційних злочинів, передбачених ст. ст. 364¹, 365¹, 365², 368², 368³, 368⁴, 369² КК України / О. Г. Кальман, В. М. Куц, Я. О. Триньова, Н. М. Ярмиш. Київ: Національна академія прокуратури України, 2012. С. 16, 36.

¹⁵ Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». Кіхв: Атіка, 2011. С. 76.

публічні послуги, хоча може здійснюватися на умовах оплати; 5) фактичні результати здійснення особами своїх повноважень, як правило, відображаються в офіційному документі і набувають обов'язкового юридичного значення для всіх суб'єктів правовідносин або лише для визначених законом суб'єктів (наприклад, для сторін спору); 6) прийняті такими особами рішення спричиняють чи здатні спричинити наслідки правового характеру у сфері виконання функцій держави чи місцевого самоврядування (регулювання суспільних відносин у цілому, забезпечення умов для реалізації прав та законних інтересів фізичних чи юридичних осіб, захисту таких прав та інтересів, вирішення спорів (конфліктів) тощо). Ці ознаки можна брати до уваги при вирішенні розглядуваного питання лише в їх сукупності із урахуванням того, що вони є лише теоретичних орієнтиром, який може мати певне практичне значення для законодавчого вирішення цього питання¹⁶.

Підсумовуючи викладене відзначимо, що особами, які надають публічні послуги, точно є особи, перераховані у диспозиціях відповідних статей КК України у найширшому їх значенні. Справ у тому, що при цьому ми враховуємо правило, відповідно до якого, однаковий термін, який вжито у Кримінальному кодексі України має однаковий зміст, якщо інше не встановлено самим Кодексом. Інше тлумачення не логічне і не повинно бути застосоване. Крім того, враховуючи невичерпний перелік відповідних осіб, виникає необхідність визначення родових ознак відповідного поняття. Аналіз наведених визначень дає можливість скласти загальне уявлення про перелік родових ознак поняття «особа, яка надає публічні послуги». При цьому всі ці ознаки можна розділити на три групи: 1) щодо сфери, в якій надаються такі послуги; 2) щодо статусу осіб, які надають такі послуги; 3) щодо змісту чи характеру самих послуг.

- 1) сферою надання публічних послуг можуть бути:
 - адміністративні;
 - соціальні;
 - з надання правової допомоги;
 - житлово-комунальні;

¹⁶ Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 50–51.

- інформаційні, медичні;
- послуги з оздоровлення і відпочинку;
- освітні;
- послуги з протипожежного захисту та рятування,
- транспортні і послуги зв'язку;
- послуги з фізичної культури і спорту тощо;

2) особами, які надають публічні послуги, можуть бути:

– такі особи не є державними службовцями чи посадовими особами місцевого самоврядування. З точки зору правової визначеності та недопущення колізій, такі особи не повинні бути службовими особами у розумінні ст. 18 КК України та працівниками підприємств, установ чи організацій у розумінні ст. 354 КК України. Фактично вони можуть виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, але не належать при цьому до службових осіб чи найманих працівників юридичних осіб публічного чи приватного права;

– поряд із цим відповідні послуги надаються на професійних засадах, тобто особами із вищою освітою та такими, що відповідають категорії «професіонали» відповідно до трудового законодавства;

– повноваження таких осіб передбачені відповідними Законами України;

3) публічні послуги є саме такими, якщо;

– вони є загальнодоступними і тому надаються на звернення будь-якої особи;

– такі послуги, на відміну від суто професійних, мають юридично значущий характер, оскільки підтверджують чи посвідчують певні події, явища або факти, які породжують чи здатні породити наслідки правового характеру;

– такі послуги належать публічній сфері суспільних відносин і пов'язані із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування;

– здійснення повноважень у межах надання таких послуг не є реалізацією приватного інтересу особи, яка надає публічні послуги, хоча може здійснюватися на умовах оплати.

2.4. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ІСТОТНОЇ ШКОДИ ЯК КРИМІНОУТВОРЮЮЧОЇ ОЗНАКИ ОКРЕМИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Невідповідна поведінка функціонера будь-якої юридичної особи, представника держави у найширшому змісті, «неправильне» надання публічних послуг – не повинні залишатися поза реакцією як з боку самих юридичних осіб, так і зі сторони держави. Однак це не означає, що будь-яке відхилення у нормальній службовій діяльності чи діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, становить собою кримінальне правопорушення, а отже, є реально суспільно небезпечною поведінкою. Суспільно-політичні події в Україні, оголошений курс на реальну боротьбу із корупцією, супроводжується часто законодавчими пропозиціями, які спрямовані на встановлення кримінальної відповідальності за поведінку, яка за своєю сутністю не «досягає» до рівня саме кримінального правопорушення. Так, 25.12.2013 року у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект за № 3829 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності службових осіб органів державної влади у разі прийняття незаконного рішення)» яким пропонувалося ввести у текст КК України, зокрема, ст. 367¹ «Прийняття незаконного рішення» такого змісту: «Прийняття службовою особою органу державної влади незаконного рішення, що зачіпає охоронювані законом права, свободи та інтереси фізичних або юридичних осіб, – карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років...». Практична реалізація цього законопроекту означала б криміналізацію сотен тисяч актів поведінки службових осіб і фактично б унеможливило протидію службовій деліктності в цілому.

Здається, що кримінальна відповідальність за порушення нормальної службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, повинна наставати за умови заподіяння реальної шкоди охоронюваним законом суспільним відносинам. У чинному кримінальному законодавстві України такі реальні наслідки одержали назву «істотна шкода».

Відносно донедавна, це типове оціночне поняття у кримінальному праві – «істотна шкода» одержало так би мовити «половинчасте» визначення безпосередньо у тексті КК України. Так, у примітці 3 до ст. 364 КК України зазначалося, що істотною шкодою у статтях 364, 364¹, 365, 365¹, 365², 367, **якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків**, вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Наявність у тексті закону звороту «якщо вона полягає...» означало, що істотна шкода могла і не полягати у завданні матеріальних збитків. Для з'ясування нематеріальної складової істотної шкоди як типового наслідку злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, звернемося до положень судової практики, які викладені у акті Верховного Суду України, що враховуючи зміни до КК України в принципі втратив своє правове значення, проте донедавна залишався єдиною доступною формою виявлення позиції практики з цієї проблеми. Йдеться про постанову Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 року «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», п 6 якої зазначає: *«Якщо шкода полягає у заподіянні суспільно-небезпечних наслідків нематеріального характеру, питання про її істотність вирішується із урахуванням конкретних обставин справи. Зокрема, істотною шкодою можуть визнаватися порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (право на свободу й особисту недоторканість та недоторканість житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки й умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів. При вирішенні питання про те, чи є заподіяна шкода істотною, потрібно також ураховувати кількість потерпілих громадян, розмір моральної шкоди чи упущеної вигоди тощо. У разі заподіяння поряд із матеріальними збитками і шкоди нематеріального характеру загальна шкода від злочину може визнаватися істотною навіть у випадку, коли зазначені збитки не*

перевищують 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Як бачимо, перелік можливої шкоди, яка судовою практикою могла бути оцінена як істотна є достатньо широким та формально не визначеним, що породжувало на думку багатьох вчених та в результаті, законодавця, серйозні проблеми на практиці, адже «істотна шкода», фактично єдина ознака, яка дає можливість відмежувати кримінальне правопорушення від іншого виду правопорушення. Крім того, як зазначає Є. О. Письменський «попередня редакція ст. 364 (йдеться про формулювання суспільно небезпечних наслідків – О.М.) дозволяла не лише притягати до кримінальної відповідальності осіб, чиї діяння не були суспільно небезпечними, а й у корупційний спосіб уникати відповідальності тим, хто вчинив аналогічні діяння»¹⁷.

Спроби відшукати більш чіткі критерії, які б дали можливість хоч якось формалізувати зміст істотної шкоди у нематеріальному виразі до успіху не призвели. Очевидно – це специфіка оціночних ознак, які «підривають» формальну визначеність кримінального правопорушення, проте існують у кримінальному праві об'єктивно та роблять його більш гнучким. Однак законодавець вніс свої корективи у «об'єктивність» існування цієї оціночної ознаки, прийнявши 13 травня 2014 року Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку із виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським союзом візового режиму для України». Відповідно до цього нормативного акту з тексту приміток 3 та 4 до ст. 364 КК України зникли слова «якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків...», що викликало низку публікацій у спеціальній літературі та дискусію, яка досі триває.

Чинна редакція відповідних приміток до ст. 364 КК України є такою:

3. Істотною шкодою у статтях 364, 364¹, 365, 365², 367 вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

¹⁷ Письменський Є. О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем: проблеми, тенденції, перспективи. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2017. № 2(16). С. 106.

4. Тяжкими наслідками у статтях 364–367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Це дало підстави для науковців та практиків стверджувати, що відтепер істотна шкода у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг має винятково майновий характер і повинна мати грошовий еквівалент. Проте ця очевидна позиція у спеціальній літературі піддається критиці. Так, В. І. Тютюгін вказує, що у п. 3 та 4 примітки до статті 364 КК визначення «істотної шкоди» та «тяжких наслідків» розкриваються лише стосовно заподіяння майнової (матеріальної) шкоди, однак вказані ознаки охоплюють і наслідки немайнового (нематеріального) характеру. Свою позицію вчений обґрунтовує тим, що в диспозиціях частин статей розділу XVII Особливої частини КК істотна шкода характеризується через вказівку на охоронювані законом права, свободи та інтереси, яким вона може бути завдана, а останні, своєю чергою, не можуть мати суто майнового характеру. Тому шкода може бути визнана істотною, якщо порушуються не тільки майнові, а і інші, наприклад, конституційні права і свободи людини і громадянина (право на життя, здоров'я, особисту безпеку і недоторканість, виборчі, житлові, трудові права тощо). До того ж наявність примітки у відповідній статті не означає, що у ній у повному обсязі розкривається зміст відповідних ознак складу злочину. Як правило, примітка (це стосується і примітки ст. 364 КК) лише уточнює, конкретизує окремі положення, використані у диспозиції. Відповідно, істотна шкода як результат вчинення службових злочинів може виражатись і в наслідках тільки нематеріального характеру, а може поєднувати у собі наслідки матеріального та нематеріального характеру¹⁸.

¹⁸ Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг: навчально-практичний посібник / За ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна. – Харків, 2014. 232 с.; Тютюгін В. І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: поняття, загальні ознаки та види. *Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах*. 2014. № 4. С. 121–141. Цит. за Дудоров О. О., Зеленов Г. М. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону. *Право України*. 2015. № 12. С. 69–81.

Таким чином, маємо дві діаметрально протилежні позиції, використання якоїсь з них дасть нам різні результати у кримінально-правовій оцінці посягань на нормальну службову та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг.

Існує й третя, компромісна позиція. Так, В. О. Навроцький зазначає, що наслідки нематеріального характеру, пов'язані із заподіянням шкоди соціального, політичного, морального, організаційного та іншого характеру, не мають грошової оцінки. Відповідно, неможливо визначити еквівалент такої шкоди в одиницях, кратних неоподатковуваним мінімумам доходів громадян. Відтак, щодо статей КК про кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності, на які поширюються роз'яснення поняття істотної шкоди та тяжких наслідків, не можна встановити зміст наслідків нематеріального характеру. Винятком може бути хіба врахування похідних наслідків, а саме заподіяння: фізичної шкоди – витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян – витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення тощо)¹⁹. Аналізуючи такий підхід, О. О. Дудоров відзначив, що «...за умови сприйняття практикою пропонуваного нами та В. О. Навроцьким підходу (а ми чудово усвідомлюємо його компромісний і вимушений характер) у вироку суду має бути чітко визначено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового кримінального правопорушення стало причиною відповідних наслідків. При цьому обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено та не викликати сумнівів. Тобто у вироку має міститися належне обґрунтування визнання тих чи інших наслідків, які, на перший погляд, носять не майновий, а наприклад, фізичний характер,

¹⁹ Навроцький В. О. Кримінально-правове значення зміни законодавчої характеристики наслідків злочинів у сфері службової діяльності. *Кримінальне право: традиції та новації: матеріали міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю з дня народження видатного вченого, героя України, академіка В. В. Сташиса*, 9–10 липня 2015 р. Полтава, Харків, 2015. С. 34–37. Цит. за Дудоров О. О. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону. *Право України*. 2015. № 12. С. 69–81.

проявами істотної шкоди або тяжких наслідків. В інших випадках вести мову про кримінальну відповідальність можна лише тоді, коли відповідальність за окремі випадки службових зловживань (перевищень) встановлена у спеціальних нормах КК, що не передбачає як криміноутворюючу ознаку настання майнових збитків»²⁰.

Таку ж компромісну й «усереднену» позицію зайняв в Верховний Суд України, зазначаючи, що *диспозиція частини першої статті 364 і частини першої статті 365 КК, якими передбачено відповідальність за заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру)*²¹. Крім того в Ухвалі Великої палати Верховного суду від 04.07.2018 року у справі № 1215/6523/13-к із своєрідним подивом зазначено, що «чому імперативні законодавчі положення, викладені у п. 3 примітки до ст. 364 КК, поширюються не на усі випадки заподіяння істотної шкоди, а також чому немайнава шкода може бути визнана істотною з урахуванням обставин кримінального провадження? Це свідчить про підтримку Великою палатою висловленої раніше правової позиції.

Але на цьому проблеми із визначенням поняття «істотна шкода» у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, не вичерпується. Відповідно до результатів наукових пошуків, проведених О. О. Дудоровим та Г. М. Зеленовим не виключено, що жодного прагнення стосовно мети звуження поняття істотної шкоди в законодавця і не було. За повідомленням ЗМІ, одним з управлінь Генеральної прокуратури України наразі проводиться досудове розслідування

²⁰ Дудоров О. О. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону. *Право України*. 2015. № 12. С. 69–81.

²¹ Постанова Судової палати кримінальних справ Верховного Суду України від 27.10.2016 року 5–99кк16.

кримінального провадження, розпочато 18 травня 2015 р. за фактом службового підроблення законопроекту за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України. Як зазначено в ухвалі Печерського районного суду м. Києва від 15 червня 2015 року досудовим розслідуванням встановлено, що невстановлені народні депутати України та службові особи Апарату ВРУ, діючи умисно і з метою перешкоджання притягнення окремих осіб до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 364–367 КК, після голосування народними депутатами України в другому читанні законопроекту від 25 березня 2014 р. № 4556 та прийняття в цілому закону від 13 травня 2014 р., внесли до нього завідомо неправдиві відомості, які народними депутатами не розглядалися та за які вони не голосували. Унаслідок цього було внесено зміни в пункти 3 і 4 примітки до ст. 364 КК, згідно з якими кримінально караними визнаються лише ті противоправні діяння у сфері службової діяльності, передбачені ст. ст. 364–367 КК, які заподіяли матеріальні збитки. Виходить, що допоки триває розслідування, остаточно відповісти на питання, що саме стало причиною аналізованих законодавчих змін, не видається за можливе²². Якщо ця інформація не є припущенням, а дійсністю, то складається якась абсолютно катастрофічна правова ситуація. У разі наявності обвинувального вироку щодо осіб, що вчинили відповідне «службове підроблення» тексту законопроекту, виникає правова ситуація, при якій зміст закону був змінений у кримінально-протиправний спосіб. На підставі відповідних змін було прийнято сотні, як не тисячі правозастосовних рішень. Сфальсифікований закон пом'якшував становище обвинуваченого і визнання його нікчемним, тобто таким, який не приймався і по своїй суті законом не був, викликає потребу перегляду відповідних правозастосовних рішень, що очевидно погіршить становище обвинувачених (виправданих). Здається, що навіть світова юридична практика не знає таких випадків, коли предметом підробки став текст закону. Правові наслідки такого становища взагалі складно піддаються аналізу.

²² Дудоров О. О., Зеленов Г. М. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону. *Право України*. 2015. № 12. С. 69–81.

19 травня 2020 року у першому читанні прийнято законопроект «Про внесення зміни до статті 364 Кримінального кодексу України щодо уточнення ознак окремих злочинів у сфері службової діяльності», яким редакція примітки до ст. 364 у частині визначення поняття «істотна шкода» повертається у стан, який існував до 2014 року з «розширювальним» формулюванням **«якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків»**. У разі остаточного прийняття цього законопроекту, кримінально-правова доктрина та практика знов повернеться у стан дискусії стосовно наповнення реальним змістом оціночної складової цього надважливого поняття, яке позначає ніщо інше, як криміноутворюючу ознаку великої частини кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

2.5. ПОНЯТТЯ «НЕПРАВОМІРНА ВИГОДА» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Поява поняття «неправомірна вигода» у кримінальному законодавстві України, на думку законодавця, завдячує міжнародно-правовим зобов'язанням нашої держави. Проте Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS173), ратифікована Законом України № 252-V від 18.10.2006 року та яка набрала чинність 01.03.2010 року, якщо бути до кінця відвертим, не оперує цим терміном²³. Статті 2, 7, 8 та інші містять поняття «неправомірна перевага», яке за своїм смисловим навантаженням, здається, дещо відрізняється від поняття «неправомірна вигода». Проте, це не стало на заваді нашому законодавцеві запровадити аналізоване поняття у систему кримінального законодавства, яке відбулося в умовні чотири етапи: 1) внесення чинних здебільшого змін у 2011 році, які є найбільш масштабними; 2) зміни, запроваджені у 2013 році, які стосуються хабарництва, пов'язані із виключенням з кримінального законодавства поняття «хабар у будь-якому вигляді» і заміни його на «неправомірну

²³ Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією [Ратифікована 12.10.2006, набрала чинності 01.03.2010]. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 47–48.

вигоду»; 3) зміни 2014 року, обумовлені соціально-політичною ситуацією у країні, які полягають у зміні складів кримінальних правопорушень, пов'язаних із зміною криміналізації зловживання владою або службовим становищем та перевищення влади або службових повноважень; 4) уточнення поняття «неправомірна вигода», що відбулося у 2015 році і стосується бажаного наголосу на можливий немайновий та негрошовий характер вигоди.

Щодо розуміння природи цього поняття, варто навести позицію О. О. Дудорова, який відзначив, що термін «неправомірний» в Конвенції РЄ проти корупції тлумачиться як щось таке, що одержувач не має права приймати або отримувати. Цей термін виключає (не враховує): переваги, які дозволені відповідно до закону або адміністративних правил; дрібні подарунки, подарунки дуже низької вартості або соціально прийнятні подарунки. У цьому контексті слід мати на увазі, що подарунок відрізняється від неправомірної вигоди насамперед за тією ознакою, що його дарують/приймають не у зв'язку зі здійснення особою певної діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Якщо ж певний предмет (грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи) надають/одержують саме у зв'язку із зазначеною діяльністю, то він трансформується із подарунка у неправомірну вигоду. ...Другою ознакою неправомірної вигоди є те, що її предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. Це означає, що в особи, яка обіцяє, пропонує чи надає зазначені предмети, так само як і в особи, яка їх одержує, немає визначених безпосередньо у законі підстав для цього²⁴. Використання у нормативних визначеннях поняття «неправомірна вигода» ознаки «без законних на те підстав» піддавалося небезпідставній критиці в аналітичних матеріалах антикорупційної спрямованості. Так, К. Задоя, зокрема, помітив, що такий прийом видається помилковим з двох причин: а) слова «без законних на те підстав» виглядають виправданими у визначенні неправомірної вигоди в ст. 1 Закону «Про запобігання корупції». Власне, вони і розкривають

²⁴ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. С. 116.

природу «неправомірності» вигоди. Однак сліпе «копіювання» згаданих слів у визначенні неправомірної вигоди в кримінальному законодавстві вже не виглядає настільки однозначним. Зокрема, це створює враження, що при здійсненні кримінально-правової кваліфікації суд (слідчий, прокурор) для визнання вигоди неправомірною має встановити порушення суб'єктом злочину певного правила, передбаченого положеннями законодавства, підзаконними нормативно-правовими актами, посадовими інструкціями тощо, і лише це дозволить ідентифікувати відповідну вигоду як неправомірну. Насправді є вчинення з певною вигодою тих чи інших діянь за наявності інших обставин, передбачених відповідним положенням кримінального закону, вже само по собі свідчить про те, що вона (вигода) має неправомірний характер; б) «копіювання» визначення неправомірної вигоди з антикорупційного законодавства у кримінальне не враховує того, що статті 354, 368, 368-3, 368-4, 369-2 КК встановлюють відповідальність ще й за вимагання такої вигоди чи прохання її надати²⁵.

Причини внесення відповідних змін потребують відповідного аналізу, який повинен стати по суті самостійним дослідженням. У аспекті нашого викладу матеріалу цікавим є наступне. Офіційним мотивом внесення 2-го етапу змін у кримінальне законодавство України: заміни терміну «хабар» на термін «неправомірна вигода» стало сукупність щонайменше двох факторів – а) приведення законодавства у відповідність міжнародним конвенціям та б) уніфікація термінології КК України.

Щодо першого фактору – повіримо законодавцю на слово, оскільки офіційний переклад відповідних міжнародних конвенцій українською мовою (Конвенція ООН проти корупції, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією) містить термін «хабар» та інший за природою термінологічний зворот «неправомірна перевага».

Щодо другого фактору – потрібної для якісного КК уніфікації термінології фактично не відбулося, адже: а) для ст. 160 КК неправомірна

²⁵ Задоя К. Висновок щодо узгодженості між собою положень Кримінального кодексу України, Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Київ: ЦППР, 2019. С. 6.

вигода – *продукти харчування, спиртні напої та тютюнові вироби, незалежно від їх вартості, а також грошові кошти, товари (крім матеріалів агітації, визначених законом), послуги, роботи, пільги, переваги, подарункові сертифікати, цінні папери, кредити, лотерейні білети, інші матеріальні та нематеріальні активи, вартість яких перевищує 0,06 неоподаткованого мінімуму доходів громадян, які на безоплатних або на інших пільгових умовах пропонуються, обіцяються, надаються кандидатам, виборцям, учасникам референдуму або членам виборчої комісії, комісії з референдуму чи одержуються зазначеними особами* (примітка ст. 160); б) для ст. 354 КК неправомірна вигода – *грошові кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав* (примітка ст. 354 КК); б) для статей 364, 364¹, 365², 368, 368³, 368⁴, 369, 369² та 370 КК під неправомірною вигодою слід розуміти *грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав*. (примітка ст. 364-1). Останні два визначення дослівно відтворюють положення відповідної частини ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції».

Редакція цих визначень а також «зникнення» із визначення неправомірної вигоди словосполучення «...безоплатно чи за ціною, нижче за мінімальну ринкову» дають підстави тлумачити зміст цього поняття як таке, що не у всіх випадках має матеріальний, майновий вираз, як це традиційно сприймалося й щодо предмету хабара раніше, так і щодо неправомірної вигоди до законодавчих новел квітня 2013 року.

Проблема майнового характеру неправомірної вигоди як ознаки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності постійно піднімалася у науковій та методичній літературі. Проблема полягала у тому, що запровадження цього нового поняття у правовий обіг в Україні підкреслював можливість його нематеріального, немайнового виразу, а формулювання тексту приміток до статей КК України таку можливість фактично виключали.

У цьому аспекті категоричне твердження, наприклад, що міститься у проєкті «Методичних рекомендацій з питань організації нагляду під час досудового розслідування корупційних кримінальних правопорушень стосовно суддів і працівників правоохоронних органів» про те, що «...нематеріальні активи завжди мають майновий характер, тобто можуть бути виражені у грошовій формі» викликав певні сумніви щодо адаптивності застосування при новій редакції антикорупційного законодавства.

Щоправда, не можна відкидати й те, що Податковий кодекс України, який у ст. 14 та 145 визначає поняття та зміст нематеріальних активів, вказує, що (14.1.120.) *нематеріальні активи* – право власності на результати інтелектуальної діяльності, у тому числі промислової власності, а також інші аналогічні права, визнані об'єктом права власності (інтелектуальної власності), право користування майном та майновими правами платника податку в установленому законодавством порядку, у тому числі набуті в установленому законодавством порядку права користування природними ресурсами, майном та майновими правами. Крім того, ст. 14.1.40. ПК України вказує, що *гудвіл* (вартість ділової репутації) – нематеріальний актив, *вартість* якого визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо. Таким чином, нематеріальні активи, щодо яких може виникати спір стосовно їх майнового характеру, з позиції податкового законодавства – однозначно такий характер мають, а отже можуть і повинні мати грошову оцінку.

У 2015 році завдяки Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» у визначенні поняття «неправомірна вигода» з'явилися слова «...будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру...». Законодавець у такий спосіб підкреслює універсальний характер цієї ознаки, й хочеться дописати – нівелює її значення. Однак, теорія кримінального права вже відреагувала на відповідну зміну у розумінні змісту неправомірної вигоди

у частині її немайнового та негрошового характеру. Так М. І. Хавронюк відзначає, що неправомірна вигода зазвичай має економічний або фінансовий характер, однак може бути й нематеріальною. Важливо, аби правопорушник (чи будь-яка інша особа, як об близька особа) виявився у вигіднішому становищі, ніж перед здійсненням правопорушення, і аби таке поліпшення становища не було правомірним. *Словосполучення «будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру» означає*, наприклад: більш швидкий розгляд певної справи; похвальний репортаж у пресі; прийняття на службу чи призначення на посаду без передбачених законом конкурсу чи спеціальної перевірки або шляхом порушення умов їх проведення; надання можливості вчитися в університеті дитині певної особи поза конкурсом або влаштування дитини чи іншої близької особи на престижну роботу; не призначення службового розслідування чи дисциплінарного стягнення, не відсторонення від посади чи не звільнення зі служби за наявності підстав для цього; сприяння у направленні в закордонне відрядження чи на підвищення кваліфікації; дострокове присвоєння військового чи спеціального звання, рангу тощо, інше заохочення без законних підстав для цього; організація надання сексуальних послуг (послуг повії) або послуг кримінального характеру (послуг злодія чи сутенера); пригощання коштовною вечерею чи запрошення на ексклюзивний захід. Слово «будь-які» означає, що цей перелік вигід може бути довгим, а слово «інші» – що на відміну від майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, які мають переважно матеріальний чи грошовий характер, інші вигоди такого характеру не мають. До категорії неправомірної вигоди належать й усі інші вигоди, які: а) не мають відношення до речей матеріального світу й безпосереднього матеріального чи грошового характеру. Проте, у разі сприяння у зарахуванні на навчання за рахунок державного бюджету про дійсну вартість навчання можна говорити, порівнявши його з контрактним; незаконне присвоєння військового чи спеціального звання, рангу, ученого звання передбачає отримання відповідної надбавки; б) не мають конкретної вартості (тобто таким вигодам не можна дати грошову оцінку). До цієї категорії можна віднести різного роду нагороди у вигляді значків, грамот, подяк тощо, не пов'язаних із отримання премій, надбавок.

У таких випадках отримані речі самі собою не мають грошового визначення або їх вартість мізерна. Головна цінність таких вигод – нематеріальна (задоволення хворобливого егоцентризму, «малювання» гарної біографії тощо)²⁶.

Справа тепер за судовою практикою, яка не настільки швидко та ясно реагує на зміну змісту аналізованого поняття. Протягом років викладання курсу, якому присвячено цей навчальний посібник, учасникам освітнього процесу не вдалося знайти хоча б одного прикладу з практики, де б змістом неправомірної вигоди охоплювалися лише вигоди немайнового чи негрошового характеру.

²⁶ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 36–37.

ТЕМА 3. ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ У СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАнням ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Завданням цієї теми є формування у студентів уявлення про систему кримінальних правопорушень, суть яких полягає у зловживанні можливостями спеціального статусу, руйнування ілюзії щодо сконцентрованості кримінальної відповідальності службових осіб, а також осіб, які надають публічні послуги, у одному розділі КК України. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є знання про систему норм, які встановлюють у кримінальному праві відповідальність за зловживання можливостями спеціального статусу службової особи або особи, яка надає публічні послуги та розуміння природи кримінальних правопорушень, які полягають у зловживанні можливостями спеціального статусу.

3.1. ЗАГАЛЬНИЙ СКЛАД «ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ТА ЙОГО ХАРАКТЕРИСТИКА

Стосовно того, чим здійснюється зловживання, у науці кримінального права також немає єдності поглядів. А від вирішення цього питання залежить вирішення цілої низки інших проблем, як, наприклад, того, чи криміналізовано зараз перевищення вади або службових повноважень службовою особою, яка не є військовою службовою особою чи працівником правоохоронного органу. У назві цієї частини посібника та у його тексті запропоновано словосполучення «зловживання можливостями спеціального статусу». Кримінальні правопорушення, які на нашу думку охоплюються цим поняттям, традиційно мали у кримінальному праві назву «зловживання владою або службовим становищем» відповідно

до назви умовно загальної норми, що містилася у ст. 364 КК України. Із ходом реформ, проведених протягом останніх років, актуальність цієї назви як такої, що позначає родове поняття відпала, оскільки у кримінальному законодавстві з'явилися норми, які передбачають відповідальність за зловживання не лише владою та службовими становищем та змінили «розстановку сил» у системі відповідних кримінальних правопорушень. Таким чином, виникла потреба введення у науковий обіг нового родового поняття, яке б охоплювало своїм обсягом споріднені суспільно небезпечні посягання. На наше переконання таким поняттям може стати «зловживання можливостями спеціального статусу», адже:

- містить вказівку на термін «зловживання» (вживати, використовувати що-небудь на зло або шкоду комусь), який позначає природу споріднених злочинів;

- щодо того, чим відповідна особа повинна зловживати, ми відмовляємося від обмежених понять «влада» або «службове становище» та пропонуємо більш загальне поняття «можливості спеціального статусу», яке охоплює і наведені вище поняття, і нові – які з'явилися у тексті КК нещодавно: «повноваження» – ст. ст. 364¹, 365² КК;

- використання терміну «можливості» перекликається із поняттям «корупції», яке міститься у Законі України «Про запобігання корупції». Кримінальні правопорушення, які є формами загального поняття «зловживання можливостями спеціального статусу» і відповідно до примітки до ст. 45 КК України, і за своєю протиправною природою, належать до корупційних;

- спеціальний статус суб'єкта кримінального правопорушення як ознака, яка відмежовує його від загального – сукупність прав та обов'язків, із кримінально-протиправним використанням яких пов'язана кримінальна відповідальність за вчинення того чи іншого суспільно небезпечного діяння;

- враховує можливі у подальшому зміни у кримінальному законодавстві України, введення нових форм (способів) зловживання можливостями спеціального статусу не залежно від конкретних видів можливостей спеціального статусу.

Деякі застережень щодо правової природи цього загального поняття. Законодавець для його позначення використовує термін

«зловживання». Значення цього терміну відображає спрямованість поведінки винної особи: використання (вживання) всупереч чомусь (на зло). Аналіз правових понять, які містять термін «зловживання» на предмет відшукання поняття більш високого ступеня узагальнення – так званого родового поняття, може дати такі результати: 1) це самостійне правове поняття, яке не має свого родового; 2) це різновид такого правового поняття, як «зловживання правом»; 3) це різновид такого поняття, як «зловживання довірою». Видається, що правильним є третій висновок: зловживання можливостями спеціального статусу є видом зловживання довірою. На користь саме такого підходу можна навести наступні аргументи:

- розгляд наявних у спеціального суб'єкта (службової особи або особи, яка надає публічні послуги) можливостей, що обумовлені спеціальним статусом, як наслідку певного акту довіри цілком вкладається у договірну теорію походження держави та публічної влади. В юридичних осіб публічного чи приватного права поява повноважень в їх керівників також є проявом довіри з боку власника, засновника;

- поява у спеціального суб'єкта можливостей спеціального статусу за своєю правовою природою максимально наближено до договору доручення, який відповідно до положень цивільного законодавства є домовленістю двох сторін, за якою одна сторона (**повірений**) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (**довірителя**) певні юридичні дії. Коренем цього інституту цивільного права, як і інституту, наприклад представництва за **довіреністю**, є **довіра**;

- розуміння зловживання можливостями спеціального статусу як підвиду зловживання довірою, а не зловживання правом дає можливість відрізнити спеціальні та специфічні форми такого посягання від, наприклад, зловживання опікунськими правами (ст. 167 КК України), або вчинення інших кримінальних правопорушень, які полягають у протиправному використанні своїх неделегованих (належних за природою) прав (наприклад, ч. 1 ст. 150¹, ч. 2 ст. 155 КК України тощо).

Такий підхід не є новим у теорії кримінального права. Ще у 2003 році захищена кандидатська дисертація Г.М. Анісімовим на тему «Зловживання довірою як спосіб вчинення злочину: поняття і кримінально-правове значення». Автор, серед іншого, відзначив, що ним

уперше запропоновано низку класифікацій видів зловживання довірою, у підґрунті яких лежать різні види відносин довіри, що мають різні підстави виникнення. Вирізняються, зокрема, такі види зловживання довірою, як зумовлене: а) службовим становищем повірника...²⁷ Однак, наведені положення до сих пір не знайшли свого розвитку стосовно кримінальних правопорушень, передбачених Розділом XVII Особливої частини КК України.

Перейдемо до аналізу загального складу «зловживання...» у кримінальному праві України. Висунемо припущення, що розділ XVII Особливої частини містить три кримінально-правові норми, які місять загальний склад зловживання можливостями спеціального статусу у кримінальному праві: кримінальні правопорушення, передбачені ст. ст. 364, 364¹, 365² КК України. Диспозиції частин 1 цих статей КК України, які містять основні склади відповідних кримінальних правопорушень для їх порівняння та виділення спільних, загальних ознак зловживання викладемо у таблиці:

ч. 1 ст. 364 КК України	ч. 1 ст. 364 ¹ КК України	ч. 1 ст. 365 ² КК України
Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання	Зловживання повноваженнями, тобто умисне, з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб використання всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від	Зловживання своїми повноваженнями аудитором, нотаріусом, оцінювачем, уповноваженою особою або службовою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням

²⁷ Анісімов Г. М. Зловживання довірою як спосіб вчинення злочину: поняття і кримінально-правове значення. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук зі спеціальності 12.00.08. Харків: Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2003. С. 4.

службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб

організаційно-правової форми службовою особою такої юридичної особи своїх повноважень, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб

публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), або державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, державним виконавцем, приватним виконавцем з метою отримання неправомірної вигоди, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб

Порівняння диспозицій цих статей дає підстави для висловлення таких тез та міркувань:

– діяння у цих складах кримінальних правопорушень позначається одним і тим самим терміном – зловживання. При цьому перші дві диспозиції містять визначення відповідного поняття, які узагальнено можна викласти так: *використання можливостей спеціального статусу (влади, службового становища, повноважень) всупереч інтересам роботодавця/довірителя (служби або юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми)*. Зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги або займається професійною діяльністю, пов'язаною із наданням публічних послуг, «всупереч чомусь...» безпосередньо у тексті КК не визначається. Як зазначається у спеціальній літературі, відсутність у ст. 365-2 подібного визначення (*всупереч інтересам... – О.М.*) можна пояснити лише тими труднощами у визначенні поняття осіб, які надають публічні послуги, про які йшлося

вище. Оскільки надання публічних послуг здійснюється не з метою задоволення приватного інтересу осіб, які їх надають, а з метою задоволення певного соціального інтересу чи потреби, то труднощі із формулюванням останніх, як можна припустити, й виступили причиною зміну формулювання діяння за цією статтею²⁸. Однак, видається, немає підстав та якихось аргументів на користь того, що зловживання у сфері надання публічних послуг з точки зору природи цього посягання чимось відрізняється від попередніх двох складів. Саме тому, заповнюючи прогалину у кримінально-правовому регулюванні, можна запропонувати таке визначення діяння зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги – *використання повноважень такими особами всупереч інтересів надання публічних послуг*;

– всі наведені склади кримінальних правопорушень за конструкцією об'єктивної сторони є матеріальними – посягання вважається закінченим з моменту настання визначених суспільно небезпечних наслідків – *істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб*. Зміст цієї ознаки однаковий для всіх цих складів;

– кримінальне правопорушення, передбачене ст. 365² КК України, містить, так би мовити, факультативну ознаку об'єктивної сторони – час вчинення кримінального правопорушення. Стаття встановлює відповідальність за відповідну поведінку особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді *під час виконання цих функцій*. Така вказівка видається зайвою. Адже використати відповідні повноваження не під час виконання цих функцій напевне неможливо. Більше того, пов'язувати кримінальну відповідальність осіб, які надають публічні послуги, із часом виконання цих функцій, а не із використанням відповідних повноважень – недоцільно;

– викладені у наведених диспозиціях склади кримінальних правопорушень за задумом законодавця повинні бути суміжними за ознакою суб'єкта кримінального правопорушення – жоден з відповідних

спеціальних суб'єктів не повинен бути видом іншого. Матеріал, викладений у попередній частині курсу стосовно розуміння поняття спеціального суб'єкта правопорушень у розділі XVII Особливої частини КК України, ставить такий висновок під сумнів. Однак це, видається, пов'язано із вадами правового регулювання, а не є частиною кримінально-правової політики;

– всі наведені кримінальні правопорушення вчиняються виключно із прямим умислом, про що свідчить вказівка на наявність у відповідній поведінці спеціальної мети – одержання неправомірної вигоди.

Так, принаймні, виглядає на перший погляд. Але дозволимо собі поміркувати з приводу наступного. Зловживання можливостями спеціального статусу має у своєму складі і мету, і суспільно небезпечні наслідки у вигляді заподіяння істотної шкоди охоронюваним інтересам. Наведений вище висновок стосовно суб'єктивної сторони загального складу зловживання буде справедливим та правильним за умови, якщо реалізація наявної мети одержання неправомірної вигоди та заподіяння в наслідок цього істотної шкода у реальності збігаються. Іншими словами, досягнення мети одержання неправомірної вигоди для правопорушника і є заподіянням істотної шкоди охоронюваним інтересам, тобто йдеться фактично про один предмет (який є бажаною метою і «вилучення» якого заподіює істотну шкоду). У іншому випадку, якщо ці «речі» не співпадають: мета одержання неправомірної вигоди стосується одного предмету, а істотна шкода, що заподіюється фактично стосується іншого предмету, вина стосовно наслідків зловживання може виявлятися у виді непрямого умислу або у формі необережності. При цьому спостерігається цікава ситуація. Загальний склад зловживання у такому разі нагадує конструкцію ч. 2 ст. 121 КК України, яка містить два наслідки і до настання кожного з них у ст. 121 КК *мають бути різні форми вини, а у, наприклад, ч. 1 ст. 364 КК – можуть бути різні форми вини*. Єдина проблема у тому, що одержання неправомірної вигоди у складі зловживання описано як мета вчинення правопорушення, а не суспільно небезпечний наслідок. Однак при цьому слід мати на увазі, що досягнення відповідної під час зловживання можливостями спеціального статусу залежно від фактичних обставин вчиненого:

²⁸ Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію – Харків: Право, 2013. С. 79.

1) не тягне за собою жодної додаткової кримінально-правової кваліфікації, якщо не є формою кримінально-караного розкрадання;²⁹

2) оцінюється додатково за статтями про пасивний підкуп, якщо поведінка спеціального суб'єкта була обумовлена цієї «кримінально-протиправної угоди»;

3) перетворює зловживання на спеціальний чи специфічний склад «заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем» та виключає застосування загальної норми, якщо «неправомірна вигода = предмету розкрадання».

Таким чином постає проблема кваліфікації посягання у разі фактичної реалізації мети посягання, передбаченого ст. ст. 364, 364¹, 365² КК України – реального одержання спеціальним суб'єктом будь-якої неправомірної вигоди. Здається, що такі випадки не повинні охоплюватися ст. ст. 364, 364¹, 365² КК України, а потребують кваліфікації за сукупністю, зокрема, із статтями про підкуп, якщо така неправомірна вигода передається іншими особами за «зловживання...», або за статтями про розкрадання, якщо зловживання спрямовувалося на заволодіння чужим майном і суспільно небезпечні наслідки, які настають у результаті зловживання лежать у іншій площині, ніж одержана неправомірна вигода і ставлення до них з боку винної особи відбуваються у форму необережності.

Отже слід наголосити, що всі випадки реалізації мети «зловживання...», які становлять собою самостійне кримінальне правопорушення, передбачене КК України, повинні бути інкриміновані особі додатково за правилами реальної сукупності кримінальних правопорушень.

Наявність у структурі суб'єктивної сторони загального складу зловживання мети вчинення кримінального правопорушення є в цілому природною характеристикою цього складу. Однак при цьому є ще декілька зауважень, які необхідно враховувати у кримінально-правовій характеристиці системи кримінальних правопорушень, що становлять собою зловживання можливостями спеціального статусу.

²⁹ У судовій практиці з цього приводу є така правова позиція: Якщо зловживання службовим становищем призводить до набуття іншої вигоди, ніж та, що зазначена у ст. 191 КК, то ці дії охоплюються диспозицією ст. 364 КК. Детальніше див.: Ухвала Верховного Суду від 23 серпня 2018 року у справі № 0912/1638/12 (провадження № 51-2735км18) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76207261>

По-перше, неправомірна вигода у складі кримінального правопорушення, передбаченого ст. 364 КК України одержується «для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи», а у складах, передбачених ст. ст. 364¹ КК України – «для себе чи інших осіб», а у 365² КК України адресат вже *отримання* такої вигоди не визначений взагалі. Здається, що є підстави уніфікувати позначення адресатів бажаної для особи неправомірної вигоди.

По-друге, зміна структурної частини суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 364 КК України з мотиву на мету («з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересів чи в інтересах третіх осіб» на «з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи») до 2015 року істотно обмежувало обсяг криміналізації відповідного суспільно-небезпечного посягання. Після внесення аналізованих змін у поняття «неправомірна вигода», ситуація повернулася «на круги своя». Обсяг криміналізації відновився.

Таким чином загальний склад «зловживання...» можна визначити так: *це використання службовою особою або особою, що надає публічні послуги, можливостей спеціального статусу всупереч інтересам держави, юридичної особи або надання публічних послуг з метою одержання неправомірної вигоди як для себе, так і для будь-якої іншої особи, що заподіяло фізичній чи юридичній особі, державним чи громадським інтересам істотну шкоду.*

Питання, пов'язані з суб'єктом зловживання, поняттям неправомірної вигоди та змістом істотної шкоди, ми розглядали у попередніх частинах цього посібника, а отже зараз зупинимо свою увагу на сукупності тих ознак, які є характерні саме для зловживання можливостями спеціального статусу. Такими ознаками, які роблять злочину у сфері службової діяльності чи професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг зловживання можливостями спеціального статусу (владою, службовим становищем чи повноваженнями) є ознаки, викладені у змістовній формулі зловживання: використання можливостей спеціального статусу всупереч інтересам надання особі «довірителем» такого статусу.

Навчальна література містить достатньо інформації щодо визначення цих ознак – і щодо поняття зловживання в цілому, і щодо конкретних

видів зловживання: владою, службовим становищем, повноваженнями тощо, містить перелік типових форм зловживання та ін. Частина наукових досліджень присвячувалася розмежуванню понять зловживання та перевищення у системі кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Вся ця інформація є доступною і становить собою частину предмету Кримінальне право України. Особлива частина. Проте, зміни, внесені до КК України у лютому 2014 року, вимагають переосмислення традиційних поглядів не лише на систему кримінальних правопорушень, які полягають у «зловживаннях...» у кримінальному праві України, а й на загальне його поняття.

21 лютого 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції»³⁰. Основні нововведення цього закону, які знайшли своє відображення у тексті КК України такі:

- заміна мотиву злочину, передбаченого ст. 364 КК України на мету «одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної чи юридичної особи»;
- виключення зі складу злочину, передбаченого ст. 364 КК України, кваліфікуючої ознаки «вчинені працівником правоохоронного органу»;
- зміна криміналізації перевищення влади або службових повноважень шляхом конкретизації ознак спеціального суб'єкта – працівник правоохоронного органу;
- виключення з КК України ст. ст. 365¹; 423; 424;

Такі, на перший погляд, не значні зміни, призвели не лише до певних політичних наслідків, а й, як вже зазначалося вище, до зміни всієї системи кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

³⁰ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції. Закон України від. 21.02.2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 12. Ст. 188.

Насамперед, чинна редакція ст. ст. 364, 364¹, 365² КК України дає нам всі підстави розглядати зазначені вище «зловживання ...» спільно, виділяючи ознаки, які є однаковими для зловживань у розділі XVII Особливої частини КК України.

Отже, першою ознакою, спільною для всіх зловживань, є використання спеціальним суб'єктом влади або службового становища, або повноважень (можливостей спеціального статусу). Іншими словами, поведінка спеціального суб'єкта відбувається у межах його спеціального статусу. Так, В. О. Навроцький, у своєму курсі лекцій з Особливої частини кримінального права України відзначив, що при цьому може мати місце:

- вчинення службовою особою діяння в межах своєї службової компетенції;
- віддання вказівок, розпоряджень, наказів, підлеглим або підконтрольним службовим особам;
- використання свого службового становища для впливу на вищестоящих службових осіб, в компетенції яких знаходиться вчинення певного діяння або на колегіальний орган (переконавання їх у доцільності вчинення такого діяння, введення в оману при підготовці прийняття того чи іншого рішення);
- використання свого службового авторитету, авторитету служби чи органу, де працює винний для впливу на працівників інших організацій, відомств, завдяки чому ті вчиняють відповідне діяння³¹.

При цьому, за визначенням В. О. Навроцького, вчинюване діяння пов'язане зі службовим становищем і компетенцією службової особи, така особа діє в межах компетенції, вчиняє дії які вона в принципі вправі вчиняти, перебуваючи на відповідній службі. Саме так виглядає традиційне, усталене у теорії кримінального права розуміння аналізованої ознаки «зловживання». У «перекладі на мову цього курсу» – спеціальний суб'єкт діє в межах свого правового статусу – прав та обов'язків, які визначаються його функцією у органі влади, місцевого самоврядування, юридичній особі, або тими публічними послугами, які спеціальний суб'єкт професійно надає. До лютого 2014 року, до часу існування

³¹ Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина. Курс лекцій. Київ: Знання, 2000. 771 с.

у КК України кримінальної відповідальності за перевищення влади або службових повноважень, повноважень службової особи юридичної особи приватного права (ст. ст. 365, 365¹ КК України) чи іншої поведінки, яка могла бути позначена родовим поняття «перевищення можливостей спеціального статусу», саме за цією ознакою відбувалося розмежування кримінальних правопорушень, які полягали у «зловживання» та «перевищенні». Тепер ситуація змінилася, поставивши перед наукою ряд важливих питань, що потребують свого вирішення.

Першою ж проблемою стає розуміння саме цієї ознаки – що охоплює собою «використання спеціальним суб'єктом можливостей спеціального статусу»: чи це поведінка, як зазначено вище, яка вчиняється у межах відповідних компетенцій, чи необхідно застосовувати розширене тлумачення поняття «зловживання...» і включати у нього ті форми поведінки, які традиційно у теорії кримінального права та практиці застосування закону про кримінальну відповідальність, належали до форм «перевищення...».

Другою, проблемою, яка впливає з першої – є визначення характеру співвідношення норм, передбачених ст. ст. 364 та 365 КК України. Це питання, на перший погляд, має так би мовити «містечкове» значення. Проте, це не так, адже правильне вирішення цього питання обумовить адекватну побудову систему кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг не лише у межах розділу XVII Особливої частини КК України, а й за його межами.

Погляд на ці проблеми висловимо у наступній темі курсу, поки що просто позначивши їх. На цьому етапі висунемо тезу, яку спробуємо обґрунтувати протягом всієї роботи: проведені у лютому 2014 року КК зміни не вплинули на встановлення дійсного змісту ознаки «використання можливостей спеціального статусу» хоча б тому, що до статей КК України, які встановлюють відповідальність за різні види «зловживання...» у частині діяння зміни внесені не були. Очевидно, що це не єдиний аргумент, проте, враховуючи поетапність викладення матеріалу курсу, приймемо цю тезу «на віру» і продовжимо.

Ще однією властивістю «використання можливостей спеціального статусу» у науці кримінального права називають протиправність

такого діяння. Вчинення відповідного діяння, відзначається у спеціальній літературі, або прямо заборонене законом, підзаконними нормативними актами, локальними нормативними актами підприємства, установи, організації, це працює винний, або його протиправність впливає із змісту відповідних нормативних актів. Ця властивість, на перший погляд, перебуває у колізії із змістом попередньої ознаки. Адже, як можна уявити собі ситуацію, коли спеціальний суб'єкт вчиняє діяння у межах свого статусу (сукупності прав та обов'язків) і одночасно усупереч приписам правових норм – протиправно. Виходом з цієї умовної колізії є «прив'язка» протиправності цілої поведінки спеціального суб'єкта до наступної ознаки, яка у теорії кримінального права аналізується під іменем «всупереч інтересам служби», «всупереч інтересам юридичної особи». Перед тим, як перейти до аналізу змісту цієї ознаки, слід зазначити наступне: «всупереч інтересам служби, юридичної особи» – ознака яка перетворює правомірну поведінку на протиправну, знімає ілюзорність правомірності поведінки у межах компетенцій, використання можливостей спеціального статусу правомірно – в інтересах служби, юридичної особи чи надання публічних послуг – тобто вчинення того, за що спеціальний суб'єкт одержує свою заробітну плату, грошове утримання або іншу офіційну легальну оплату.

Ця важлива ознака, як видається за недоглядом законодавця, пропущена у складі кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365² КК України «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги». Таке враження, що у третьому за чергою складі, законодавець перерахувавши види відповідних осіб змучився визначити ознаки кримінального правопорушення і обмежився вказівкою лише на «зловживання своїми повноваженнями...». Проте, системне тлумачення кримінального закону та здоровий глузд підказують, що особи які надають публічні послуги так само як й інші спеціальні суб'єкти підлягають кримінальній відповідальності за «зловживання...» лише за наявності всіх загальних, родових ознак, зловживання, у тому числі й тієї, яка вказує на протиправність відповідної поведінки. Другою причиною відсутності вказівки на цю ознаку у диспозиції ст. 365² КК України є складність її чіткого визначення. Нагадаємо, що у ст. 364 КК України, законодавець пише про «всупереч інтересам служби»; у ст. 364¹

КК України – «всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Відсутність вказівки законодавця «всупереч» чому діє особа, яка надає публічні послуги, зловживаючи своїми повноваженнями, дає нам можливість запропонувати власну робочу назву: «всупереч інтересам надання таких послуг».

Навчальна література містить визначення відповідних понять. Разом із тим, враховуючи оціночний характер відповідного поняття, варіант запропонованих позицій досить істотно різняться за обсягом поняття. Так, у кримінально-правовій літературі висловлено максимально широкий підхід до аналізованого поняття. Відповідно до нього, словосполучення «всупереч інтересам служби» означає, що службова особа не бажає брати до уваги покладені на неї законом або іншим нормативно-правовим актом обов'язки, діє всупереч їм, не звертає уваги на службові інтереси³². Під інтересами служби слід розуміти, насамперед, інтереси держави взагалі, і, крім того, інтереси певного органу, підприємства, установи або організації, що не суперечать, не протиставляють інтересам держави. Тому дії службової особи, вчинені у вузьковідомчих інтересах на шкоду загальнодержавним інтересам чи інтересам інших підприємств, установ та організацій, також можуть визнаватися вчиненими всупереч інтересам служби. Поняття «інтереси служби» не може тлумачитися однозначно, зокрема і «вузьковідомчо», оскільки на практиці може мати місце, і, як правило, має місце колізійність інтересів. Зокрема, інтереси конкретного підприємства можуть не збігатися з суспільними, державними інтересами чи інтересами окремих громадян. Може мати місце і невідповідність, колізійність різних інтересів одного і того ж підприємства і чи держави. Наприклад, інтереси розширення виробництва, його модернізації вимагають збільшення розмірів коштів, що спрямовуються на придбання обладнання, проведення ремонтних, будівельних робіт тощо, що може завдати шкоди інтересам працівників, які зацікавлені у збільшенні розміру заробітної плати, її своєчасній

³² Савченко А. В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [Науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини КК України] / За заг. ред. д. ю. н., проф. В. І. Шакуна / А. В. Савченко, О. В. Кришевич. Київ: Алерта, 2012. С. 91.

виплаті. Тому вирішення питання про те, чи вчинені службовою особою дії в інтересах служби, має бути комплексним, з урахуванням усіх інтересів, які стосуються вчинюваним діянням. Слід також враховувати пріоритетність інтересів, їх ієрархію, а також те, що законодавець у певних випадках ті чи інші інтереси ставить під безпосередню кримінально-правову чи адміністративно-правову охорону, передбачаючи за посягання на них кримінальну або ж адміністративну відповідальність. Говорячи про інтереси конкретного підприємства, слід, очевидно, виходити з того, що вони, як і державні інтереси, є частиною суспільних інтересів загалом. При цьому, по-перше, необхідно розглядати законні інтереси підприємства у співвідношенні з інтересами держави³³.

Дещо вужче, і на нашу думку, адекватніше, тлумачать аналізоване поняття автори одного з найбільш популярного науково-практичного коментаря до КК України. Діяння, що становлять об'єктивну сторону «зловживань...» вчиняються всупереч інтересам служби або інтересам конкретної юридичної особи приватного права, тобто є незаконними і такими, що суперечать цілям і завданням, заради яких функціонує апарат управління відповідних органів, підприємств, установ та організацій і для виконання яких їх службові особи наділяються певним повноваженнями. Беручи певні обов'язки й отримуючи пов'язані з ними права, особа укладає з державою (або з підприємством, установою, організацією незалежно від форм власності) своєрідну угоду про те, що вона зобов'язується безумовно виконувати обов'язки і правильно користуватися правами. Така угода може мати умовну форму контракту, трудового договору, ознайомлення з наказом про призначення на посаду. Після укладення вказаної угоди (чи внесення певних змін до неї) особа займає певне службове становище, або, іншими словами, те місце в апараті органів державної влади, органів місцевого самоврядування (або в апараті управління певної юридичної особи), на якому вона звичайно бажає і повинна здійснювати свої службові повноваження. Ігнорування службовою особою наданими їй обов'язками або перевищення прав і може свідчити про використання їх всупереч

³³ Там само. С. 92–93.

інтересам служби або інтересам конкретної юридичної особи приватного права³⁴.

Пригадується один випадок із практики, коли до кримінальної відповідальності за зловживання службовим становищем притягали директора відомчого санаторію Міністерства оборони за те, що він у середині 90-х років реалізовував путівки у санаторій через комунальне підприємство для всіх бажаючих оздоровитися за повну вартість, а не через медичну службу МО для військовослужбовців, які оздоровлювалися за 10% вартості путівки. Такий «комерційний» підхід директора санаторію дав йому можливість відремонтувати заклад, платити заробітну плату працівникам та, навіть, закупити деяке обладнання. Обвинувачення ж твердило, що призначенням відомчого санаторію МО України, є, насамперед, оздоровлення військовослужбовців – тобто директор діяв в інтересах функціонування санаторію, а не в інтересах служби.

На нашу думку, поняття «всупереч інтересам ...» слід тлумачити ще вужче. Кожен нормативно-правовий яких регулює поведінку публічної службової особи (Закон України, положення про орган влади та ін.); нормативно-правовий акт, який регулює діяльність із надання публічних послуг, установчі документи юридичної особи (не залежно від того, чи то юридична особа, що перебуває у державній чи комунальній власності, чи то юридична особа приватного права), передбачає мету створення та діяльності відповідних суб'єктів, їх завдання та цілі тощо. Поведінка спеціального суб'єкта є такою, що вчиняється всупереч інтересам свого спеціального статусу, якщо вона суперечить завданням, визначеним у законі, положенні про орган державної влади, чи іншу юридичну особі, статуті юридичної особи тощо. Такий підхід дасть можливість хоч якось «формалізувати» ознаку «всупереч інтересам...» та є виявом обмежувального тлумачення, яке більш характерне кримінальному праву, ніж розширювальне.

Таким чином загальний склад «зловживання можливостями спеціального статусу» у кримінальному праві України передбачає наявність таких ознак:

³⁴ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 9-те видання, перероблене і доповнене. Київ: Юридична думка, 2012. С. 1047.

– об'єктивні ознаки: діяння може полягати як у пасивній, так і у активній формі та вчиняється всупереч інтересам служби або надання публічних послуг; склад кримінального правопорушення матеріальний – обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є заподіяння істотної шкоди, яка за визначенням законодавця – шкода, яка полягає у заподіяння матеріальних збитків на суму 100 та більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

– суб'єктивні ознаки: суб'єктом посягання може бути лише особа, яка наділена спеціальним правовим статусом – службова особа (публічна або приватна) або особа, яка на професійних засадах надає публічні послуги; суб'єктивна сторона характеризується як правило умисною формою вини та спеціальною метою – одержання для себе чи третіх осіб неправомірної вигоди.

3.2. СПЕЦІАЛЬНІ ВИДИ ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Зловживання можливостями спеціального статусу – загальне поняття, яке об'єднує у собі цілу низку суспільно-небезпечних посягань, спільним для яких є правова природа відповідних кримінальних правопорушень. Незважаючи на загальний характер наведеної тези, є всі підстави відстоювати її справедливість та обґрунтованість. Виходимо ми при цьому з таких міркувань.

У правовій та соціальній системах держави існує категорія осіб – функціонерів, які в силу закону, договору, характеру здійснюваних функцій, наділені додатковими можливостями або ж компетенціями. Відповідний правовий статус особи надає їй додаткові, порівняно з іншими людьми, можливості, але, справедливо, покладає й додаткові обов'язки. Одним з центральних таких обов'язків – використання цих додаткових можливостей «на користь», для реалізації тих цілей та завдань, задля яких вони – компетенції, надавалися. Адже додаткові права не є природними, невід'ємними від людини, і надаються із визначеною метою. Якщо ж спеціальний суб'єкт не виправдав довіри надавача додаткових можливостей та використав ці можливості у супереч інтересів «довірителя», він повинен підлягати відповідальності:

дисциплінарній, адміністративній, кримінальній тощо. При цьому для різних видів зловживання можливостями спеціального статусу криміноутворюючі ознаки також можуть бути різними. Однак це не міняє природи посягання – зловживання можливостями спеціального статусу.

До розглядуваних зловживань «примикають» інші види зловживань, однак вже не додатковими правами і компетенціями, а природними правами: батьківства, опіки, піклування тощо. Навіть у випадку, коли особа одержала природні права «штучним» способом (наприклад, за рішенням суду або за договором), самі права не перестають бути природними і зловживання ними має іншу правову природу. Те саме стосується й професійних функцій із виконанням чи невиконання яких пов'язана відповідальність у окремих складах. Професія не передбачає «делегованих» додаткових прав і компетенцій, обов'язку діяти в інтересах надавача таких прав, а отже неможливо й зловживати ними у розглядуваному розумінні.

Серед кримінальних правопорушень, які за своєю природою полягають у зловживанні можливостями певного спеціального статусу, можна виділити дві групи посягань: спеціальні види (форми) зловживання та специфічні види (форми) зловживання.

Цікаво, що подібну ідею було висловлено В. Я. Громком у своїй дисертації, захищеній у 2015 році. Здобувач наукового ступеня при цьому відзначив: «зміни в законодавстві обумовлюють необхідність відмови від усталених підходів до кваліфікації службових злочинів. Під час дослідження спростовано усталене твердження про співвідношення інших норм про відповідальність службових осіб зі злочинами у сфері службової діяльності як спеціальних і загальних. Обґрунтовано, що статті, у яких конститутивною ознакою складу (основного чи кваліфікованого) злочину є його вчинення службовою особою, слід вважати специфічними видами зловживання службовим становищем, однак не спеціальними нормами стосовно ст. 364 та ст. 364-1 КК. За наявності підстав такі діяння слід кваліфікувати за сукупністю статей, якими передбачено відповідальність за специфічний вид злочину, вчинений службовою особою, та ст. 364 або ст. 364-1 КК»³⁵. Проте, видається,

³⁵ Громко В. Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, яка обтяжує відповідальність за кримінальним правом України. Дисертація ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне

автор не до кінця сам розібрався із цією ідеєю. Жодної кваліфікації за сукупністю тут бути не може. Це до речі було відзначено і у відгуку офіційного опонента Д. С. Азарова, який вказав: «...з наведеного положення важко встановити, чим, з позиції здобувача, «специфічний вид зловживання» принципово відрізняється від спеціальної кримінально-правової норми. Адже спеціальна норма, порівняно з нормою загальною, зазвичай передбачає саме специфічний вид злочину. Можливо, дисертанту треба було говорити про випадки, які не повною мірою вписуються в усталене вчення про конкуренцію норм, що обумовлює необхідність переосмислення окремих його положень і, ймовірно, породжує необхідність у виділенні нового виду конкуренції. Окрім цього, пропозиція дисертанта щодо кваліфікації зазначених діянь як сукупності злочинів, на мою думку, вочевидь суперечить принципу заборони подвійного ставлення у вину». Повністю підтримую думку вченого, адже запозичення термінології без з'ясування змісту проблеми часом позбавлене будь-якого сенсу.

Відмінність між цими групами суспільно небезпечних діянь полягає у наступному. Теорія кримінального права має у своєму арсеналі вчення про конкуренцію кримінально-правових норм³⁶ та теорію розмежування складів кримінальних правопорушень³⁷. Ці наукові підходи достатньо чітко розроблені у науці, мають досить струнке логічне обґрунтування, визначені концепції та конструкції, які у суто теоретичному плані виглядають аргументованими та несуперечливими. З більшістю з них читач знайомий або з курсу Особливої частини кримінального права, або зі курсу, присвяченого проблемам кримінально-правової кваліфікації. Однак кримінальне законодавство часто «вносить свої корективи» у струнку наукові конструкції та виносить на перший план незручні проблеми, з якими частково ми познайомимося у цьому курсі. Проте спочатку повернемося до теорії кримінального права.

право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2015. С. 195.

³⁶ Марін О. К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. Київ: Атіка, 2003. 224 с.

³⁷ Брич Л. П. Теорія розмежування складів злочинів. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 712 с.

Вчення про конкуренцію кримінально-правових норм передбачає те, що у кримінальному законодавстві існують структурні його частини, що містять норми, які потенційно можуть конкурувати між собою. Найбільш простим та відомим з давніх часів видом конкуренції, є конкуренція загальної та спеціальної норми. Не вдаючись до детального розгляду згаданого правового явища, нагадаємо декілька основних положень цього вчення. Насамперед норми, які можуть конкурувати як загальна та спеціальна, містять склади кримінальних правопорушень, які відрізняються принаймні однією ознакою, яка є деталізацією якоїсь більш абстрактної ознаки у загальній нормі: спеціальним суб'єктом, способом вчинення кримінального правопорушення, наявністю мотиву чи мети вчинення посягання, будь яких інших ознак. У вирішенні цього виду конкуренції кримінально-правових норм основною проблемою є не правило: спеціальна норма має пріоритет у застосуванні (воно відоме давно та не викликає заперечень), а вставлення співвідношення норм як загальної та спеціальної та визначення того, яка з двох норм є загальною, а яка спеціальною. Проблема часом ускладнюється багатоступеневістю згаданого співвідношення. Тобто, можна уявити собі випадки, коли є загальна та спеціальна норма, та норма, ще більш спеціальна, для якої спеціальна норма виступає в якості загальної. Більш складним для вирішення є випадок коли одна норма є спеціальною відносно іншої за одним видом ознак, а за іншим видом ознак – є загальною.

Одним з правил виявлення такого співвідношення є рекомендація про уявну відсутність у законодавстві статті, яка передбачає спеціальну норму і якщо вчинене можна кваліфікувати за іншою статтею, то ця друга стаття містить норму загальну. Це, напевне, найбільш відоме правило визначення характеру співвідношення кримінально-правових норм, яке, крім всього іншого, використовується й на практиці. Так, наприклад, ми завжди стверджували, що норма, передбачена ст. 364 КК України, є загальною відносно посягань, передбачених у інших розділах Особливої частини КК України, які вчиняються службовими особами, і полягають у кримінально-протиправному використанні ними свого службового становища. Таке твердження було частково справедливим за умови збереження оціночного розуміння поняття істотної шкоди у складах службових кримінальних правопорушень. Кримінально-правове значення

цього твердження полягало у тому, що у разі відсутності у діяннях винної особи спеціального виду зловживання, застосуванню підлягала загальна норма – передбачена ст. 364, 364¹ або 365² КК України залежно від характеристик спеціального суб'єкта. Зі зміною цієї, як виявилось, ключової, ознак загального поняття зловживання, наведене вище твердження потребує досить серйозної ревізії, адже, наприклад, «грубе порушення законодавства про працю» у частині звільнення працівника з особистих мотивів, що не спричинило істотної у розумінні примітки до ст. 364 КК шкоди, перестало бути спеціальним видом зловживання службовим становищем, а стало самостійним, фактично суміжним складом кримінального правопорушення. Думається, що у всякому разі, стверджувати, що норма, передбачена ст. 364 КК України є загальною, а всі решта спеціальні – на сьогодні не відповідає правовій реальності. Ситуація зміниться у разі повернення до «старої» редакції примітки до ст. 364 КК України. Норми інших розділів Особливої частини КК України, які містять формальні склади, або матеріальні склади, що передбачають суспільно небезпечні наслідки, що не мають майнової, грошової форми, знов зможуть розглядатися як спеціальні.

У цій частині роботи зосередимо свою увагу тільки на тих формах зловживання можливостями спеціального статусу, які містяться у спеціальних нормах відносно загальних видів зловживань: склади відповідних кримінальних правопорушень містять всі ознаки загального складу зловживання та принаймні, хоча б одну, додаткову ознаку. При цьому, слід звернути увагу на те, що більшість наведених випадків становлять собою приклади так званої неповної конкуренції. Цей різновид конкуренції кримінально-правових норм полягає у тому, що спеціальний вид зловживання не є спеціальним видом у повному розумінні – тобто, наприклад така ознака, як спеціальна мета – одержання неправомірної вигоди – може бути присутня у спеціальному складі, а може і ні, оскільки мета посягання взагалі не названа у відповідному складі як обов'язкова ознака. Те саме стосується й істотної шкоди у розумінні, у якому вона викладена законодавцем для кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності або професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Аналогічною може бути ситуація із суб'єктом посягання, однак, слід обумовити, що ми брали до

уваги лише ті склади, відповідальність у яких пов'язується із спеціальним статусом суб'єкта.

Крім того, необхідним видається зробити певні застереження методологічного характеру, які спрямували наше дослідження, і остаточно дали можливість викласти наведені нижче результати:

– зловживання можливостями спеціального статусу у загальному розумінні має матеріальний склад. Спеціальні та специфічні різновиди зловживання можуть мати як матеріальний, так і формальний склад. Наслідки зловживання як обов'язкова ознака як загального, так і інших видів складів, за новим визначенням повинні знаходитися у площині матеріальних збитків, мати майновий характер, такий, який можна обрахувати у грошовому виразі (дорівнює або перевищує 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). Якщо у інших, не загальних, нормах наслідки визначені інших характером шкоди (наприклад, здоров'ю чи життю), то відповідна норма перестає бути спеціальною та «переходить» у розряд специфічних видів зловживань. Якщо наслідки у інших видах зловживань позначені оціночними поняттями (істотна шкода, тяжкі наслідки і т.д.), то характер співвідношення визначається тим, чи охоплює вказане поняття заподіяння матеріальної шкоди. А встановити це, окрім звернення до існуючих у науці тлумачень, можна за допомогою аналізу об'єкта різновиду зловживання. У випадку, якщо оціночне поняття охоплює заподіяння матеріальної шкоди – в цій частині – норма спеціальна (часткова конкуренція), у іншій же частині – норма специфічна. У площині об'єкта посягання лежить також віднесення до спеціальних (або ж специфічних) зловживань посягань, суть яких у зловживанні можливостями спеціального статусу, однак законодавець сформулював їх як формальні склади. Відомо, що без наслідкових кримінальних правопорушень не буває. Кожне кримінально-протиправне посягання вносить у об'єкт кримінально-правової охорони негативні зміни. Однак, при конструюванні формальних складів, законодавець не враховує ці зміни як суспільно небезпечні наслідки. Так от, якщо об'єкт, що «пошкоджується» формальним складом зловживання містить «майнову складову» – зловживання спеціальне. Якщо ні – специфічне;

– ознакою загального складу зловживання є спеціальна мета, коротко яку можна викласти як «одержання неправомірної вигоди».

Ця мета, якщо піддати її тлумаченню, означає прагнення «скористатись» можливостями свого спеціального статусу і за своєю правовою природою максимально наближена до корисливого мотиву у його традиційному кримінально-правовому значенні. Щодо визначення характеру співвідношення окремих різновидів зловживань, відзначимо, що здебільшого, формулюючи різновиди зловживань в інших, крім XVII розділах Особливої частини КК України, законодавець не вводить у їх склад «факультативні» ознаки суб'єктивної сторони – мотив або мету. Це означає, що вказані ознаки у позитивному аспекті не мають кваліфікуючого значення. Тобто, аналізовані посягання можуть вчинятися і з метою одержання неправомірної вигоди, і без такої мети. У разі наявності у складі суб'єктивної сторони винного мети одержання неправомірної вигоди – зловживання спеціальне. У іншому разі – специфічне. У окремих випадках законодавець вважає певні мотиви чи мету обов'язковими для різновидів зловживань, зазначаючи про це у складі відповідного злочину. Якщо закріплений мотив чи мета виключають мету одержання неправомірної вигоди – зловживання специфічне. Якщо не виключає – спеціальне (очевидно за наявності інших обов'язкових ознак). Щоправда вказані міркування дещо втрачають свою гостроту у зв'язку із достатньо розмитим змістом чинного поняття «неправомірна вигода».

Спробуємо назвати спеціальні види зловживання можливостями спеціального статусу та класифікувати їх для більш ефективного заволодіння відповідного матеріалу.

Насамперед, слід зазначити, що спеціальні види (форми) зловживання можливостями спеціального статусу можуть становити собою самостійні основні склади кримінальних правопорушень, а можуть дістати законодавчу форму кваліфікованого складу. Кримінально-правове значення цих видів спеціальних форм зловживання можливостями спеціального статусу у розглядуваному аспекті однаковий – діяння, яке підпадає одночасно під загальну норму, передбачену у статтях 364, 364¹, 365² КК України та спеціальну – передбачену будь-якою з наведених нижче статей Особливої частини КК України – підлягає кримінально-правовій оцінці лише за тією нормою, яка передбачає відповідальність за спеціальну форму зловживання.

Враховуючи все наведене вище, запропонуємо такі спеціальні види (форми) зловживання можливостями спеціального статусу, які становлять собою самостійний основний склад кримінального правопорушення:

- ч. 1 ст. 146¹ Насильницьке зникнення – Арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, в тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування
- ч. 2 ст. 146¹ Насильницьке зникнення – Видання наказу або розпорядження про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, або невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, його підлеглими заходів для їх припинення та неповідомлення компетентних органів про злочин
- ч. 5 ст. 157 Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії референдуму чи діяльності офіційного спостерігача (у частині ухилення членом комісії)
- ч. 1 ст. 159¹ Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації чи агітації референдуму – Ухилення члена виборчої комісії чи члена комісії з референдуму від виконання своїх обов'язків у роботі комісії без поважних причин, що призвело до неможливості роботи виборчої комісії, комісії з референдуму в день голосування, проведення підрахунку голосів на виборчій дільниці чи дільниці з референдуму, встановлення підсумків голосування у відповідному виборчому окрузі чи окрузі з референдуму, встановлення результатів виборів або референдуму
- Подання завідомо недостовірних відомостей у звіті політичної партії про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру або у фінансовому звіті про надходження та використання коштів виборчого фонду політичної партії, місцевої організації політичної партії, кандидата

- ч. 1 ст. 172 Грубе порушення законодавства про працю – Незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів чи у зв'язку з повідомленням ним як викривачем про вчинення іншою особою корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, інших порушень Закону України «Про запобігання корупції», а також інше грубе порушення законодавства про працю
- ч. 1 ст. 173 Грубе порушення угоди про працю (у частині вчинення діяння службовою особою) – Грубе порушення угоди про працю службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, а також окремим громадянином або уповноваженою ними особою шляхом обману чи зловживання довірою або примусом до виконання роботи, не обумовленої угодою
- ч. 1 ст. 175 Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам більш як за один місяць, вчинена умисно керівником підприємства, установи або організації незалежно від форми власності чи громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності
- ч. 1 ст. 183 Порушення права на отримання освіти – Незаконна відмова у прийнятті до навчального закладу будь-якої форми власності
- ч. 2 ст. 184 Порушення права на безоплатну медичну допомогу – Незаконне скорочення мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я
- ч. 2 ст. 191 Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (у частині заволодіння чужим майном)

ч. 1 ст. 210 Нецільове використання бюджетних коштів – Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням

ч. 1 ст. 211 Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету – Видання службовою особою нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету

ч. 1 ст. 212 Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) (у частині вчинення діяння службовою особою) – Умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять в систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах

ч. 1 ст. 212¹ Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності або особою, яка здійснює

ч. 1 ст. 212¹ Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування чи страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності або особою, яка здійснює

загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (у частині вчинення діяння службовою особою) – підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана його сплачувати, якщо таке діяння призвело до фактичного ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів у значних розмірах

ч. 1 ст. 219 Доведення до банкрутства (у частині вчинення діяння службовою особою) – Доведення до банкрутства, тобто умисне, з корисливих мотивів, іншої особистості заінтересованості або в інтересах третіх осіб вчинення громадянином – засновником (учасником) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності дій, що призвели до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі чи кредитору

ч. 1 ст. 220¹ Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності – Внесення керівником або іншою службовою особою банку до бази даних про вкладників завідомо неправдивих відомостей

ч. 3 ст. 220¹ Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності – Внесення керівником або іншою службовою особою банку у звітність, яка подається до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, завідомо неправдивих відомостей

ч. 1 ст. 222¹ Маніпулювання на фондовому ринку – Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо

ч. 1 ст. 222¹ Маніпулювання на фондовому ринку – Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо

ч. 1 ст. 222¹ Маніпулювання на фондовому ринку – Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо

ч. 1 ст. 222¹ Маніпулювання на фондовому ринку – Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо

ч. 1 ст. 222¹ Маніпулювання на фондовому ринку – Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо

- це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб
- ст. 223² Порухнення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів – Невнесення службовою особою емітента чи професійного учасника фондового ринку змін або внесення завідомо недостовірних змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів або до системи депозитарного обліку, а так само інше порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів, якщо воно призвело до втрати системи реєстру (її частини)
- ч. 1 ст. 232² Приховування інформації про діяльність емітента – Ненадання службовою особою емітента інвестору в цінні папери (у тому числі акціонеру) на його письмовий запит інформації про діяльність емітента в межах, передбачених законом, або надання йому недостовірної інформації, якщо це заподіяло інвестору в цінні папери (у тому числі акціонеру) матеріальну шкоду в значному розмірі
- ч. 1 ст. 238 Приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення – Приховування або умисне перекручення службовою особою відомостей про екологічний, в тому числі радіаційний, стан, який пов'язаний із забрудненням земель, водних ресурсів, атмосферного повітря, харчових продуктів і продовольчої сировини і такий, що негативно впливає на здоров'я людей, рослинний та тваринний світ, а також про стан захворюваності населення в районах з підвищеною екологічною небезпекою
- ч. 1 ст. 253 Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту доквілля (у частині – Розробка і здача проектів, іншої аналогічної документації замовнику службовою чи спеціально уповноваженою особою без обов'язкових інженерних систем захисту доквілля або введення (прийм) в експлуатацію

- вчинення діяння споруд без такого захисту, якщо вони створили небезпеку тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення або інших тяжких наслідків
- ч. 2 ст. 262 Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем) – Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також заволодіння предметами, що перелічені в частині першій цієї статті, шляхом зловживання службовою особи своїм службовим становищем
- ст. 284 Ненадання допомоги судну та особам, що зазнали лиха – Ненадання допомоги капітаном судна в разі зіткнення з іншим судном екіпажу та пасажирів останнього, а також зустрінутим у морі або на іншому водному шляху особам, які зазнали лиха, якщо він мав можливість надати таку допомогу без серйозної небезпеки для свого судна, його екіпажу і пасажирів
- ст. 285 Неповідомлення капітаном судна іншому судну, що зіткнулося з ним на морі, назви і порту приписки свого судна, а також місця свого відправлення та призначення, незважаючи на наявність можливості подати ці відомості – Неповідомлення капітаном судна іншому судну, що зіткнулося з ним на морі, назви і порту приписки свого судна, а також місця свого відправлення та призначення, незважаючи на наявність можливості подати ці відомості
- ч. 2 ст. 308 Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, – Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або

психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)

ч. 2 ст. 312 Викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)

ч. 2 ст. 313 Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням

з погрозою застосування такого насильства, або особою, яка раніше вчинила одне із кримінальних правопорушень, передбачених статтями 306, 307, 310, 311, 312, 314, 317 цього Кодексу, або у великих розмірах, а також заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем

– Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя або здоров'я, чи з погрозою застосування такого насильства, або у великих розмірах, а також заволодіння прекурсорами шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем

– Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306, 312, 314, 315, 317, 318 КК, а також заволодіння обладнанням, призначеним для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем

(у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)

ст. 340 Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій (у частині вчинення діяння службовою особою)

ч. 1 ст. 351 Перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради

ч. 2 ст. 351 Перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради

ст. 351¹ Перешкоджання діяльності Рахункової палати, члена Рахункової палати

ст. 357 Викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим

– Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, якщо це діяння було вчинене службовою особою або із застосуванням фізичного насильства

– Невиконання службовою особою законних вимог народного депутата України, депутата місцевої ради, створення штучних перешкод у їх роботі, надання їм завідомо неправдивої інформації

– Невиконання службовою особою законних вимог комітетів Верховної Ради України, тимчасових слідчих комісій Верховної Ради України чи спеціальної тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України, створення штучних перешкод у їх роботі, надання недостовірної інформації

– Невиконання службовою особою законних вимог Рахункової палати, члена Рахункової палати, створення штучних перешкод у їх роботі, надання їм завідомо неправдивої інформації

– Викрадення, привласнення, вимагання офіційних документів, штампів чи печаток або заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, а так само їх умисне знищення, пошкодження чи приховування, а також здійснення таких самих дій відносно приватних

становищем або їх пошкодження (у частині заволодіння шляхом зловживання службовим становищем)

ст. 375 Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (визнана Конституційним Судом України неконституційною)

ч. 4 ст. 382 Невиконання судового рішення

ч. 2 ст. 410 Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (у частині заволодіння шляхом

документів, що знаходяться на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, вчинене з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах

– Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови

– Умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та умисне недодержання нею висновку Конституційного Суду України

– Ті самі дії, вчинені військовою службовою особою із зловживанням службовим становищем, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або такі, що заподіяли істотну шкоду

зловживання службовим становищем)

ст. 426 Бездіяльність військової влади

– Умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим, або ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення, а також інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, якщо це заподіяло істотну шкоду

ст. 427 Здача або залишення ворогові засобів ведення війни

– Здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, а також не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, якщо зазначені дії вчинені не з метою сприяння ворогові

ст. 428 Залишення гинучого військового корабля

– Залишення гинучого військового корабля командиром, який не виконав до кінця своїх службових обов'язків, а також особою із складу команди корабля без належного на те розпорядження командира

Спеціальними видами (формами) зловживання можливостями спеціального статусу, які мають законодавчу форму кваліфікованого складу кримінального правопорушення, на нашу думку є:

ч.2 ст. 149 КК України

Торгівля людьми

ч.4 ст. 157 КК України

Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії референдуму чи діяльності офіційного спостерігача

ч.2 ст. 158 КК України

Надання неправдивих відомостей до органу ведення Державного реєстру виборців або інше несанкціоноване втручання в роботу Державного реєстру виборців

ч. 2 ст. 158 ² КК України	Незаконне знищення або пошкодження виборчої документації або документації референдуму
ч. 2 ст. 159 КК України	Порушення таємниці голосування
ч. 2 ст. 161 КК України	Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками
ч. 2 ст. 162 КК України	Порушення недоторканості житла
ч. 2 ст. 163 КК України	Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер
ч. 2 ст. 169 КК України	Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)
ч. 3 ст. 171 КК України	Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів
ч. 3 ст. 176 КК України	Порушення авторського права і суміжних прав
ч. 3 ст. 177 КК України	Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію
ч. 2 ст. 191 КК України	Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (у частині привласнення і розтрата)
ч. 2 ст. 201 КК України	Контрабанда
ч. 2 ст. 201 ¹ КК України	Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборо-

	нених до вивозу за межі митної території України
ч. 3 ст. 206 КК України	Протидія законній господарській діяльності
ч. 3 ст. 206 ² КК України	Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації
ч. 3 ст. 229 КК України	Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару
ч. 3 ст. 240 ¹ КК України	Незаконне видобування, збут, придбання, передача, пересилання, перевезення, переробка бурштину
ч. 2 ст. 248 КК України	Незаконне полювання
ч. 2 ст. 256 КК України	Сприяння учасникам злочинних організацій або укриття їх злочинної діяльності
ч. 2 ст. 258 ¹ КК України	Втягнення у вчинення терористичного акту
ч. 2 ст. 258 ⁴ КК України	Сприяння вчиненню терористичного акту
ч. 4 ст. 267 ¹ КК України	Порушення вимог режиму радіаційної безпеки
ч. 5 ст. 298 КК України	Незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини
ч. 3 ст. 298 ¹ КК України	Знищення, пошкодження або приховування документів чи унікальних документів Національного архівного фонду
ч. 2 ст. 303 КК України	Сутенерство або втягнення особи у зайняття проституцією
ч. 2 ст. 321 ¹ КК України	Фальсифікація лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів
ч. 2 ст. 332 КК України	Незаконне переправлення осіб через державний кордон України
ч. 2 ст. 332 ¹ КК України	Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї

ч. 2 ст. 343 КК України	Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, судового експерта, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця
ч. 2 ст. 344 КК України	Втручання у діяльність державного діяча
ч. 2 ст. 376 КК України	Втручання у діяльність судових органів
ч. 2 ст. 382 КК України	Невиконання судового рішення
ч. 3 ст. 382 КК України	Невиконання судового рішення
ч. 2 ст. 397 КК України	Втручання у діяльність захисника чи представника особи

Наведені вище спеціальні види зловживання можливостями спеціального статусу мають одну спільну ознаку – всі вони за своєю правовою природою належать до «зловживань...» у широкому, окресленому нами смислі. Разом із тим, є підстави виділити та звернути увагу на певні особливості спеціальних видів (форм) зловживань можливостями спеціального статусу:

– ознаки, які характеризують суб'єкта зловживання інколи прямо зазначені у диспозиціях статей Особливої частини шляхом вказівки на термін «службовою особою». При цьому зміст цього поняття встановлюється, виходячи із положень ст. 18 КК України та охоплює собою всі види службових осіб – так звана «загальна службова особа»;

– в багатьох випадках законодавець «перемаслює» ознаки, які свідчать про зловживання особою можливостями свого спеціального статусу – «службовою особою з використанням службового становища». Здається така характеристика ознак є зайвою, адже відповідальність службових осіб у кримінальному праві встановлюється/диференціюється не за сам статус особи, а за поведінку із використання можливостей (компетенцій) свого спеціального статусу;

– для всіх зазначених спеціальних видів зловживань можливостями спеціального статусу законодавець не визначав якомусь мотиву чи мети, які б виключали мету одержання неправомірної вигоди у розумінні цього явища, яке відповідає положенням Закону України «Про запобігання корупції» та приміткам до ст. ст. 354 та 364¹ КК України;

– у всіх складах зазначених спеціальних видів зловживань можливостями спеціального статусу можливо уявити собі настання наслідків, які хоча часто і лежать за межами складу відповідного кримінального правопорушення, проте здані бути обраховані у грошовому еквіваленті та становити собою суму еквівалентну або більше 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

– у випадках, якщо законодавець закріплює у нормі склад кримінального правопорушення, який містить суспільно небезпечні наслідки у розмірах, які перевищують розмір «істотної шкоди», характерної для загального складу зловживання, то відповідна норма є спеціальною лише у випадку співпадіння розмірів заподіяної шкоди.

Стосовно останнього описаного тут положення варто висловити декілька міркувань. Одним з прикладів з практики була така ситуація: один з правоохоронних органів розпочав кримінальне провадження за ч. 1 ст. 212¹ КК України у той час, коли для наявності цього складу кримінального правопорушення необхідно було ненадходження до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів у на суму, еквівалентну або більшу за 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Але правоохоронці прорахувались: керівник юридичної особи «ухилився» від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування на суму, яка не досягала мінімально необхідного розміру, а саме не сплатив внеску на у сумі, еквівалентній 270 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Втім захисники правопорядку не визнали свого «промаху», використали надбання кримінально-правової доктрини у частині конкуренції кримінально-правових норм, перекваліфікували поведінку керівника юридичної особи за ч. 2 ст. 364¹ КК України, завершили досудове розслідування і направили обвинувальний акт до суду. В суду виникло питання про правильність такого правового рішення. Це ж питання виникло й в автора цього посібника. З одного боку – все логічно. Якщо вважати співвідношення кримінально-правових норм, передбачених у статтях 364¹ та 212¹ КК України як загальної та спеціальної, то між ними виникає конкуренція, яка розв'язується на користь спеціальної норми – передбаченої ст. 212¹ КК України. Якщо в поведінці спеціального суб'єкта немає всіх ознак спеціальної норми – кваліфікація повинна

відбуватися за загальною нормою – передбаченою у цьому разі у відповідній частині ст. 364¹ КК України. Однак не все так очевидно і просто. У Кодексі України про адміністративні правопорушення міститься норма, передбачена ст. 165¹ «Порушення законодавства про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», ч. 3 якої встановлює адміністративну відповідальність за такі діяння: «Несплата або несвоєчасна сплата єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, у тому числі авансових платежів, у сумі, що не перевищує трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Тобто, поведінка керівника юридичної особи приватного права мала б одержати правову оцінку за положеннями ч. 3 ст. 165¹ КУпАП? Якщо так, то що не правильно із співвідношенням норм, передбачених у статтях 364¹ та 212¹ КК України? Справа у тому, що співвідношення цих статей не є класичним співвідношенням загальної та спеціальної норми. Думається, що законодавець, виокремлюючи зі всіх можливих форм зловживання можливостями спеціального статусу таку, наприклад, форму, як несплата єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, чи, наприклад, ухилення від сплати податків, встановлює інші умови кримінальної протиправності такої поведінки – інші криміноутворюючі ознаки. Для ст. 212¹ КК України ненадходження до відповідних фондів внесків на суму 1000 і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а для ухилення від сплати податків – відповідно 3000 таких одиниць. Більш «м'які» форми небажаної поведінки законодавець не вважає кримінально-протиправними. Для несплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, наприклад, встановлюючи адміністративну відповідальність у ст. 165¹ КУпАП.

Цей приклад свідчить про істотно більш складні форми співвідношення між кримінально-правовими нормами, які не «вміщуються» у звичну нам доктрину. Крім того, треба «змиритися» з тим фактом, що у співвідношення охоронних норм між собою «активно втручаються» й адміністративно-правові норми охоронного характеру, які не можна скидати з рахунку.

ТЕМА 4. СПЕЦИФІЧНІ ФОРМИ ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Завданням цієї теми є формування у студентів повного уявлення про систему кримінальних правопорушень, суть яких полягає у зловживанні можливостями спеціального статусу, і які не є спеціальними нормами відносно загального поняття, розглянутого у темі 3. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є повне знання про систему норм, які встановлюють у кримінальному праві відповідальність за зловживання можливостями спеціального статусу службової особи або особи, яка надає публічні послуги. Крім того, принциповою видається проблема адекватної криміналізації перевищення можливостей спеціального статусу, яка була спотворена у чинному кримінальному законодавстві з відверто політичних міркувань.

4.1. ПЕРЕВИЩЕННЯ ВЛАДИ АБО СЛУЖБОВИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРАЦІВНИКОМ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ ТА ЙОГО ПІДВИДИ

Перевищення влади або службових повноважень у найбільш загальному розумінні цієї поведінки – це одне з, так званих, загальних кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності. Зрозуміло, за умови збереження попередньої редакції ст. 365 та 365¹ КК України до 2014 року. Зміна нормативно-правової регламентації кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг істотно змінив природу цього суспільно-небезпечного посягання.

У спеціальній літературі з цього приводу справедливо помічається, що ця законодавча новела в поєднанні із змінами, які стосувалися змісту ознаки «істотна шкода» створили ситуацію, за якої застосування ст. 365 зводиться у правозастосовчій практиці до поодиноких випадків інкримінування кваліфікованого різновиду перевищення влади або

службових повноважень (ч. 2 ст. 365). При цьому ст. 365 до законодавчих змін 2014 року мала істотний антикорупційний «потенціал», який був фактично зведений нанівець³⁸.

Приймаючи відповідні зміни у кримінальне законодавство, автори законопроекту використовували такі аргументи:

– вітчизняне кримінальне законодавство містить окремі положення, які, становлячи правову базу протидії злочинності, в той же час несуть у собі загрозу використання їх для легітимації політичних переслідувань;

– тандем 364-ї та 365-ї статей Кримінального кодексу в їхньому нинішньому вигляді – це «козир», якого влада може витягнути в будь-який зручний момент задля юридичного прикриття політичної сваволі. Таким чином, очевидним є те, що ці норми потребують удосконалення – стаття 365 має бути поширена лише на правоохоронців – тих, хто й сьогодні становить 99% суб'єктів цього злочину;

– у Резолюції № 1862 від 26.01.2012 року Парламентська Асамблея Ради Європи чітко підкреслила, що статті 364 та 365 Кримінального кодексу України є занадто широкими у застосуванні та, по суті, дозволяють постфактум криміналізацію звичайних політичних рішень. Це суперечить принципу верховенства права та є неприйнятним. Тому Асамблея закликала владу України невідкладно внести зміни у ці дві статті Кримінального кодексу у відповідності до стандартів Ради Європи та зняти обвинувачення проти колишніх членів уряду, висунуті за цими статтями;

– засадничий принцип про поширення статті 365 КК України як спеціальної відносно статті 364 лише на працівників правоохоронних органів, що відповідає практиці застосування цієї статті³⁹.

Таким чином, на момент внесення «доленосних» змін до статті 365 КК України (лютий 2014 року), законодавець вольовим рішенням

³⁸ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. С. 298.

³⁹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» URL: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45474

відніс це кримінальне правопорушення до спеціальних різновидів загального поняття зловживання у кримінальному праві. Причому ознакою, яка робить відповідну норму спеціальною, на думку цього ж законодавця, є спеціально-конкретний суб'єкт злочину – працівник правоохоронного органу.

Видається, що характер співвідношення норм, передбачених, зокрема, ст. 364 та 365 залежить не від «вольового рішення законодавця», яке не одержало форму Закону⁴⁰, а від розуміння передбачених у КК ознак відповідних кримінальних правопорушень. Вітчизняна кримінально-правова доктрина ще від радянських часів містить дискусію про так зване «широке» [3, с. 47] та «вузьке» [4, с. 94] розуміння терміну «службове становище». Враховуючи відзначену вище правову природу «зловживання...», вважаємо за можливе підтримати «вузьке» розуміння аналізованого «предмету» незалежно від його нормативної чи теоретичної назви. Таким чином, під «можливостями спеціального статусу», на нашу думку, варто розуміти той обсяг компетенції спеціального суб'єкта, яким він наділений у зв'язку із потребою виконання своїх функцій та завдань, які поставлені перед ним «довірителем». Іншими словами, зловжити, на нашу думку, можна лише тим, чим особа реально наділена. Вихід за межі делегованих повноважень означатиме, що за наявності необхідних підстав, спеціальний суб'єкт повинен понести кримінальну відповідальність за інше правопорушення, але аж ніяк не за зловживання своїми спеціальними можливостями. Поряд із цим, питання про те, чи криміналізоване зараз перевищення можливостей спеціального статусу для загального виду службової особи – питання відкрите. Ми не можемо погодитись із позицією В. О. Навроцького, який стверджує, що «...для усіх інших представників влади та службових осіб (які не є працівниками правоохоронних органів) поняття службового зловживання охоплює дії, вчинені як в межах компетенції, так і з виходом за них. Зміни у КК, внесені Законом № 46-VII від 21.02.2014 р., яким ст. 365 викладена

⁴⁰ Такі випадки нажаль трапляються, див.: Роз'яснення щодо окремих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо посилення відповідальності за окремі правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху» від 16.02.2021 року № 04-27/3-2021/97637 від 18.03.2021 р. Комітет з питань правоохоронної діяльності Верховної Ради України.

у новій редакції (нею встановлена відповідальність лише працівників правоохоронних органів), не означали декриміналізацію відповідних діянь усіх інших публічних службових осіб»⁴¹. У цій же роботі автор наводить низку аргументів на користь такого висновку із жодним з яких, як на мене, погодитись якщо не неможливо, то, принаймні, складно: посилання на «загальноновизнаність» сумнівне за змістом; співвідношення норм у попередній редакції було, видається, не «загальна-спеціальна», а такі, що містили суміжні склади; презумпція раціональності дій законодавця – спростовна поведінкою самого ж законодавця тощо. Справедливим видається твердження про те, що прогалина у кримінально-правовому регулюванні відповідальності спеціальних суб'єктів за перевищення можливостей спеціального статусу все ж таки виникла і розв'язання цієї проблеми потрібно шукати у площині нормотворчої діяльності, а не у правотлумаченні.

Аналізуючи ці зміни, є всі підстави зробити висновок про те, що не у всіх випадках бажане співпадає з реальним результатом. Здається, що чинна редакція статей 364 та 365 КК України не дає можливості визначити співвідношення закріплених у цих статтях норм як «загальна-спеціальна»:

– бажано спеціальна норма, передбачена ст. 365 не містить всіх ознак загальної норми: відсутня мета одержання неправомірної вигоди та відрізняються форми діянь: для зловживання – активна та пасивна форми; для перевищення – тільки активна. Поряд із тим вказане не виключає аналізоване співвідношення, а лише переводить його у площину так званої неповної конкуренції;

– видається, що виключає конкуренцію загальної та спеціальної норм, закріплених у статтях 364 та 365 те, що це різні за своєю природою кримінальні правопорушення, спрямовані на заподіяння шкоди різним аспектам того правового блага, що підлягає кримінально-правовій охороні. Спробуємо аргументувати цей висновок у наступних положеннях.

Чинна редакція основного складу злочину, передбаченого ст. 365 КК України, передбачає кримінальну відповідальність за перевищення

влади або службових повноважень, тобто умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень, якщо вони завдали істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб.

Таким чином, перевищення у найбільш загальному вигляді полягає у:

– з об'єктивної сторони – у активній поведінці – дії, що виходить за межі наданих суб'єкту компетенцій (прав чи повноважень), що спричиняє істотну шкоду об'єкту кримінально-правової охорони;

– з суб'єктивної сторони – така поведінка вчиняється умисно, причому умисел суб'єкта охоплює й вихід ним за межі своїх компетенцій, на що вказує ознака «явно»;

– суб'єктом такої поведінки може бути конкретна службова особа – працівник правоохоронного органу. Такий прийом визначення суб'єкта кримінального правопорушення, як вже зазначалося вище, в цілому не характерний для кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, а, навпаки, притаманний при формулюванні спеціальних та специфічних складів, родовим об'єктом посягання яких є інші блага та відносини, ніж ті, що охороняються статтями Розділу XVII Особливої частини КК України.

Охарактеризуємо діяння у складі перевищення. Традиційно, і поки що ніким не оспорюваними є такі положення: перевищення влади, наприклад, проявляється в діях службової особи, яка, маючи владні повноваження стосовно підлеглих або більш широкого кола осіб, під час виконання своїх владних чи організаційно-розпорядчих функцій виходить за межі цих повноважень; перевищення службових повноважень – це дії службової особи, яка не має владних функцій і виходить під час виконання своїх адміністративно-господарських функцій за межі своїх повноважень, або дії службової особи, яка має владні повноваження, але у конкретному випадку перевищує не їх, а інші свої повноваження, або перевищує свої владні повноваження стосовно осіб, які не входять до числа підлеглих⁴².

⁴¹ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. С. 27–28.

⁴² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 9-те видання, перероблене і доповнене. Київ: Юридична думка, 2012.

Перша ж проблема виникає саме із таким розумінням цих понять – перевищення влади або службових повноважень, адже суб'єктом цього кримінального правопорушення є не будь-яка службова особа, як це було раніше, а працівник правоохоронного органу. Працівник правоохоронного органу у кримінальному праві – це працівники: органів прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, Національного антикорупційного бюро України, органів охорони державного кордону, органів доходів і зборів, органів і установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, органів державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органів, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції⁴³. Практика застосування кримінального закону часто зустрічається із проблемами застосування саме цього виду спеціального суб'єкта. Йдеться про те, що ключовою ознакою для можливості притягнення особи до кримінальної відповідальності саме як працівника правоохоронного органу є не місце її роботи, а функції, що їй доручено виконувати. Такими особами, видається, є працівники правоохоронних органів, які беруть безпосередню участь у: а) розгляді судових справ у всіх інстанціях; б) кримінальному провадженні та провадженні у справах про адміністративні правопорушення; в) оперативно-розшуковій та розвідувальній діяльності; в¹) виконанні бойових (спеціальних) завдань, покладених на Сили спеціальних операцій Збройних Сил України; г) охороні громадського порядку і громадської безпеки; д) виконанні вироків, рішень, ухвал і постанов органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, та прокурорів; е) контролі за переміщенням людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів чи речовин через державний і митний кордон України; є) нагляді і контролі за виконанням законів⁴⁴.

Враховуючи наведене тлумачення виникає питання, чи може працівник правоохоронного органу, як типовий представник

⁴³ Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів. Закон України від 23.12.1993 року URL: zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3781-12

⁴⁴ Там само.

влади – один з підвидів публічної службової особи, перевищувати не лише владу, а й службові повноваження. Аналіз вказаного складу засвідчує, що ні. Справа у тому, що характер вчинюваних дій, який описано й у пояснювальній записці до Закону України про внесення до КК відповідних змін та ч. 2 ст. 365 КК України – насильство, погроза застосування насильством, застосування зброї чи спеціальних засобів або болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, дії – перевищення працівником правоохоронного органу стосується саме влади, а не інших службових повноважень. Тому, якщо і визнавати логічність відповідних змін (що сумнівно вже з огляду на реальні причини їх проведення), то у ст. 365 КК України повинна встановлювати відповідальність за «Перевищення влади працівником правоохоронного органу».

Які ж конкретні діяння охоплюються поняттям «перевищення» у системі кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг? Це питання стає максимально актуальним і з огляду на те, що з КК України була виключена норма, передбачена ст. 365¹, яка встановлювала відповідальність за «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Такою дією (виключенням ст. 365¹ з КК України) законодавець черговий раз підкреслював тезу про те, що «перевищення» є спеціальним видом «зловживання» у кримінальному праві і він більше не вважає за необхідне якось виділяти цю форму щодо приватно-службових осіб, вважаючи, що поведінка, яка була визначена як кримінальне правопорушення у ст. 365¹ повністю охоплюється складом, передбаченим ст. 364¹ КК України. Для перевірки цієї законодавчої позиції, відповімо на поставлене вище питання.

Судова практика виходить з того, що як перевищення влади або службових повноважень кваліфікуються: а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства; б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки у особливих випадках, або з особливо-го дозволу, або з додержанням особливо-го випадку, – за відсутності цих умов; в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені

колегіально; г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти⁴⁵.

У навчальній літературі цілком справедливо зазначається, що для того, щоб визначити, чи мало місце перевищення службовою особою влади або службових повноважень, необхідно з'ясувати компетенцію цієї службової особи і порівняти її із вчиненим діями. Повноваження, за межі яких виходить службова особа при їх перевищенні, повинні бути передбачені відповідним нормативно-правовим актом: законом, указом, постановою, інструкцією, правилами тощо. Якщо з'ясується, що службова особа діяла в межах своїх службових повноважень, її дії не можуть бути кваліфіковані за ст. 365 КК. За наявності підстав вони можуть бути розцінені як зловживання владою або службовим становищем⁴⁶. Не заважаючи на те, що наведений коментар давався щодо попередньо чинних редакцій статей 364 та 365 КК України, він, видається, не втратив своєї актуальності і щодо чинних редакцій відповідних статей. Пояснюється це тим, що проведені у 2014 році зміни не торкнулися ознак діянь у цих складах кримінальних правопорушень, а стосувалися лише суспільно-небезпечних наслідків, суб'єктивної сторони та суб'єкта посягання. Ознаки ж діяння і у складах зловживання, і у складах перевищення залишилися такими, які були до відповідних змін, тому міняти розуміння, тлумачення цих ознак – підстав немає. А отже, залишається традиційне розуміння «зловживання» як вчинення поведінки, яка об'єктивно перебуває у межах компетенцій спеціального суб'єкта, а «перевищення» – поведінки, яка виходить за межі такої компетенції. Одна службова особа не може одночасно одними діями і виконувати свою компетенцію, і перевищувати її. Тому ознаки об'єктивної сторони кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 364 та 365 виступають розмежувальними ознаками. Ще раз наголосимо, що у чинній редакції зміст ознак «використання влади або службових повноважень всупереч

⁴⁵ Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень / Постанова Пленуму Верховного Суду України № 15 від 23.12.2003 п. 5 URL: show/v0015700-03

⁴⁶ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 9-те видання, перероблене і доповнене. Київ: Юридична думка, 2012. С. 1062.

інтересам служби» та «вчинення дій, які явно виходять за межі наданих прав чи повноважень» не є тотожним. Таким чином, є всі підстави вважати поведінку публічних службових осіб (за винятком працівників правоохоронних органів та військових службових осіб), приватно-службових осіб, яка полягає у вчиненні дій, що явно виходять за межі їх компетенцій – декриміналізованою. Щодо осіб, які надають публічні послуги, чинна редакція ст. 365² КК України не містить «розшифрування» поняття «зловживання повноваженнями» і тому не дає підстав для вищенаведеного висновку. Проте використання системного тлумачення при встановленні змісту ознак об'єктивної сторони цього складу кримінального правопорушення, а саме правила про те, що однойменні ознаки повинні мати однаковий зміст (тим більше у нормах, розміщених у одному розділі), дають підстави для висновку про включення осіб, які надають публічні послуги, до переліку тих спеціальних суб'єктів, перевищення повноважень якими не тягне за собою кримінальної відповідальності. Це, видається, є істотною прогалиною у кримінально-правовому регулюванні службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Більш помітною ця прогалина стала у військових службових кримінальних правопорушеннях. Так, цим самим законом від лютого 2014 року з КК України було виключено ст. ст. 423, 424 КК України, які встановлювали відповідальність за зловживання та перевищення влади та службових повноважень військовою службовою особою. Відсутність відповідальності за перевищення влади або службових повноважень саме військовою службовою особою протривало понад один рік. Законом України від 07.04.2015 року в КК України було введено ст. 426¹ «Перевищення військовою службовою особою влади або службових повноважень» практично у тій самій редакції, що й виключена рік тому.

Не можна оминати увагою й ще одну істотну, на нашу думку, ваду нинішньої системи кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Йдеться про фактичне вилучення з-під дії кримінального законодавства поведінки, яка є типовою формою потурання кримінальному правопорушенню працівником правоохоронного органу у вигляді

неприпинення злочину. Відомо, що у службові обов'язки працівників правоохоронного органу входить діяльність із припинення кримінального правопорушення, що вчиняються будь-якими особами. Якщо працівник правоохоронного органу, усвідомлюючи факт вчинення кримінального правопорушення іншою особою, з будь-яких міркувань утримується від виконання свого обов'язку з припинення посягання, його поведінка є об'єктивно суспільно небезпечною. Ця проблема є актуальною завжди, а особливо у період, сподіваюся, реформування правоохоронних органів та очищення їх рядів від непрофесійних працівників. До внесення відповідних змін, така поведінка працівника правоохоронного органу повинна була оцінюватися за ч. 3 ст. 364 КК України. Проте у лютому 2014 року ця частина ст. 364 була виключена з КК України з ідеєю того, що службові особи – працівники правоохоронних органів за відповідні діяння будуть нести кримінальну відповідальність за ст. 365. Однак, склад перевищення у ст. 365 передбачає відповідальність виключно за активну поведінку, а потурання у формі неприпинення злочину – поведінка пасивна. Отаким чином, аналізований випадок оцінити за ст. 365 неможливо. Щодо відповідальності причетних до злочину правоохоронців за ст. 364 (за задумом законодавця – загальною нормою), то вона, як правило, виключається, оскільки обов'язковою ознакою «зловживання» у кримінальному праві є спеціальна мета – одержання неправомірної вигоди, а потурання у формі неприпинення злочину здебільшого вчиняється за відсутності такої мети. Отже, маємо ситуацію, коли об'єктивно суспільно небезпечне діяння яке вчиняється достатньо часто перебуває за межами кримінально-правового регулювання. Винні у потуранні кримінальному правопорушенню у формі його неприпинення працівники правоохоронних органів, які діяли без мети одержання неправомірної вигоди, взагалі не підлягають кримінальній відповідальності. В цей же час менш суспільно небезпечна поведінка – необережне вчинення таких самих діянь – тягне за собою кримінальну відповідальність за ст. 367 КК України «Службова недбалість».

В інших розділах Особливої частини КК України містяться статті, які встановлюють відповідальність за окремі різновиди перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного

органу, що засвідчують загальний статус норми, передбаченої у ст. 365 КК України.

Покажемо відповідні статті у вигляді таблиці:

Стаття 371. Завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою	1. Завідомо незаконне затримання або незаконний привід
Стаття 371. Завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою	2. Завідомо незаконні домашній арешт або тримання під вартою
Стаття 372. Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності	1. Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою
Стаття 373. Примушування давати показання	1. Примушування давати показання при допиті шляхом незаконних дій з боку прокурора, слідчого, дізнавача або працівника підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність
Стаття 374. Порушення права на захист	1. Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого на захист, вчинене слідчим, дізнавачем, прокурором або суддею

З приводу вказаних складів кримінальних правопорушень, можна відзначити такі положення:

– діяння у змісті об'єктивної сторони цих складів полягає у виході суб'єктом за межі його компетенцій – вчинення дій, які ніхто не має права вчинити або дозволяти, адже ознака завідомості у ст. ст. 371 та 372 КК України, спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 373 КК України та усвідомлення порушення права на захист у ст. 374 КК України прямо про це свідчить;

– суб'єкт цих кримінальних правопорушень у більшості назв статей прямо не вказаний, але аналіз складів, зазначених у диспозиціях

відповідних норм, дає підстави для висновку, що суб'єктом всіх цих кримінальних правопорушень є у тому числі працівник правоохоронного органу;

– зміни у розуміння істотної шкоди, внесені законодавцем у травні 2014 року ставить під сумнів спеціальний характер норм, передбачених ст. 372–374 відносно ст. 365 КК України, адже складно уявити, щоб посягання передбачені нормами про кримінальні правопорушення проти правосуддя заподіявали матеріальну шкоду. Проте, й для ст. 365 КК наслідки у вигляді заподіяння матеріальної шкоди не є характерними. Цей висновок ґрунтується на аналізі пояснювальної записки до законопроекту, який змінив правову природу злочину, передбаченого ст. 365 КК України. Складно собі уявити, що відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, якщо воно, наприклад, супроводжувалося насильством, була пов'язана із заподіянням матеріальної шкоду у розмірі 100 або більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а тяжкими наслідками у цьому злочині, відповідно до примітки 4 до ст. 364 вважалися такі наслідки, які у 250 і більше раз перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Здається, що альтернативне розуміння понять «істотна шкода» та «тяжкі наслідки», яким володіло кримінальне право до травня 2014 року краще відображає суть аналізованого складу кримінального правопорушення.

Певний поступ у розумінні обов'язковості та характері наслідків для складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України можна спостерігати й на формуванні правових позицій вищої судової інстанції України. Так, правову позицію щодо тлумачення і застосування положень частини першої ст. 365 КК висловлено Верховним Судом України у постанові від 27 жовтня 2016 року у справі N5-99к16. Згідно з цією позицією визначені у ч. 1 ст. 365 КК України наслідки можуть становити не лише майнову, а і включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру). Пізніше, вже Верховний Суд у постанові Великої палати від 05 грудня 2018 року у справі № 301/21713-к, провадження № 13-57к18 відзначив, що при конструюванні складу злочину,

передбаченого ч. 2 ст. 365 КК, наслідки, на які вказано в частині першій цієї статті, заміщуються іншою ознакою. Таку ознаку злочину становить спосіб перевищення влади чи службових повноважень – застосування насильства, погроза його застосування, застосування зброї чи спеціальних засобів, болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, дії... Відтак об'єктивну сторону аналізованого складу кримінального правопорушення утворюють лише передбачені частиною першою цієї статті дії, які супроводжуються визначеним у ч. 2 ст. 365 КК насильством або погрозою його застосування, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування.

Таким чином, можна зробити наступний висновок:

1) у чинній редакції ст. 365 КК України не повинна міститися у розділі XVII Особливої частини КК України, а могла би бути поміщена у розділ XVIII «Кримінальні правопорушення проти правосуддя»;

2) враховуючи причини зміни диспозиції ч. 1 ст. 365 КК України та появу у зв'язку із цим певних прогалин у кримінально-правовій охороні нормальної службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є підстави повернутися до попередньої редакції ст. 365 у частині визначення суб'єкта кримінального правопорушення як, можливо загальної службової особи у розмінні ст. 18 КК України. Тоді немає потреби відновлювати дію ст. 365¹ КК стосовно перевищення повноважень службовими особами юридичних осіб приватного права;

3) про специфічну природу аналізованого посягання свідчить не лише логіко-юридичний аналіз складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 364 та 365 КК України, а й правові позиції вищих судових інстанцій України.

4.2. СЛУЖБОВЕ ПІДРОБЛЕННЯ

Ще однією специфічною формою загального складу «зловживання» у кримінальному праві є кримінальне правопорушення, передбачене ст. 366 «Службове підроблення». Це «кримінальне правопорушення-супутник» чи «кримінальне правопорушення-спосіб» багатьох інших суспільно небезпечних посягань. Справа у тому, що діяльність

будь-якого виду службових осіб максимально формалізована і супроводжується величезним документообігом. Тому, об'єктивно службова особа, вчиняючи суспільно небезпечне посягання, супроводжує його спотворенням змісту формальної складової своєї діяльності – офіційного документу.

Предметом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366 КК України є офіційний документ. Визначення цього поняття законодавець пропонує нам у примітці до ст. 358 КК України. Під офіційним документом у ст. ст. 357, 358 та 366 КК слід розуміти *документи, що містять зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи – докази у правозастосовчій діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому числі самозайнятими особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити.*

Визначення певного поняття у примітці до статті потрібно вітати, адже воно покликане спростити правозастосування та зробити окремі ознаки кримінальних правопорушень ясними та зрозумілими. Чи відповідає дане визначення цим критеріям – сумнівно.

Спробуємо «розкласти» наведене визначення на ознаки поняття (зміст поняття) та тим самим виявити сферу його можливого застосування (об'єм поняття). Видається, що поняття «офіційний документ» містить три групи альтернативних ознак, які можна озаглавити як: зміст, автор і форма.

Зміст:

– містить інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру;

– може бути використана як документи-докази у правозастосовній діяльності.

Автор:

- повноважні (компетентні) особи органів державної влади;
- компетентні особи місцевого самоврядування;
- компетентні особи об'єднань громадян;
- компетентні особи юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми;
- окремі громадянами;
- у тому числі самозайняті особи, яким законом надано право у зв'язку з професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів.

Форма:

- будь-які матеріальні носії відповідної інформації;
- складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити.

Таким чином, офіційним може бути визнаний будь-який документ, який наділений принаймні однією ознакою у кожній з наведених трьох груп.

Всі ознаки офіційного документа є в цілому зрозумілими та такими, які дають можливість віднести той чи інший документ до цього класу. Окремої уваги заслуговує ознака змісту документу – може бути використаний як документ-доказ у правозастосовній діяльності. Так, відповідно до ст. 99 КПК України документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставини, що встановлюється під час кримінального провадження. Інші процесуальні закони (Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс, Кодекс адміністративного судочинства) поняття документа-доказу не дають, а лише відносять його до письмовий доказів. У зв'язку із цим є всі підстави для правозастосовної не у сфері кримінального судочинства діяльності повинно використовуватися визначення документа, яке запропоноване у ст. 1 Закону України «Про інформацію» – документ – матеріальний носій, що містить інформацію,

основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі.

Таким чином офіційний документ у кримінальному праві це будь-який документ (відповідно до Закону України «Про інформацію»), який виданий будь-яким суб'єктом або від свого імені, або від імені юридичної особи з дотриманням визначених законом форм та містить передбачені законом реквізити. Тобто, офіційний документ відрізняється від будь-якого іншого документа у кримінально-правовому смислі формою та реквізитами, що передбачені у законі⁴⁷.

З об'єктивної сторони кримінальне правопорушення, передбачене ст. 366 КК України є формальним (що у принципі нетипово для зловживань) та має чотири форми: 1) складання завідомо неправдивих офіційних документів; 2) видача завідомо неправдивих офіційних документів; 3) внесення до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей; 4) інше підроблення офіційних документів.

Зміст наведених ознак у найзагальнішому вигляді визначено у доктринальних та науково-практичних джерелах практично однаково. Так, в узагальненні судової практики Верховним Судом України, проведеним та опублікованим у 2009 році (Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 КК України, підготовлено суддею Верховного Суду України В. Г. Жуком та головними консультантами управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України О. С. Іщенко та А. І. Смолкіною) запропоновано наступні визначення наведених вище форм діянь.

Складання неправдивих документів – це повне виготовлення документа, які містить інформацію, що не відповідає дійсності. При цьому форма та реквізити документа відповідають необхідним вимогам.

Видача неправдивих документів означає надання фізичним або юридичних особам такого документа, зміст якого повністю або частково не

⁴⁷ Щодо розуміння поняття «офіційний документ» додатково див.: Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо оцінки документів як предметів складів злочинів, передбачених статтями 357, 358, 366 КК. Рішення, внесені до ЄДРПС за період з 01.01.2018 по 01.01.2020 року URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KKS_dokument.pdf

відповідає дійсності та яких був складений або службовою особою, яка його видала, або іншою службовою особою.

Внесення до документів неправдивих відомостей означає включення інформації, яка повністю або частково не відповідає дійсності, до офіційного документа. При цьому форма документа та всі його реквізити відповідають необхідним вимогам.

Інше підроблення документів становить собою повну або часткову зміну змісту документа чи його реквізитів, однак не за рахунок внесення до нього неправдивих відомостей, а шляхом їх виправлень, підчищень, дописок, витравлювань чи використання інших подібних способів. Інше підроблення документів є своєрідним антиподом внесення до документів неправдивих відомостей, оскільки неправдиві відомості до документу не вносяться, а виправляються або знищуються відомості, що вже є у документі та відповідають дійсності⁴⁸.

Таким чином, підтверджується висунута ще у 70-х роках минулого століття теза про те, що підроблення може полягати як в зміні змісту правдивого документа (технічне або матеріальне підроблення), так і у складанні повністю підробленого документа, які зовнішньо має всі ознаки правдивого (папір, бланк, печатка, підписи, реєстрація, номер і т.п.). Останній вид підроблення криміналісти називають інтелектуальним⁴⁹.

У сучасних джерелах розуміння змісту форм об'єктивної сторони службового підроблення практично не зазнало змін. Так, у Науково-практичному коментарі Кримінального кодексу України за ред. М. І. Мельника та М. І. Хавронюка (10-те видання) стосовно тих форм діянь, які охоплюються поняттям інтелектуальне підроблення, відзначено, що «Складання неправдивих документів – це внесення до документа, який ззовні оформлений правильно, відомостей, що не відповідають

⁴⁸ Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 КК України, підготовлено суддею Верховного Суду України В. Г. Жуком та головними консультантами управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України О. С. Іщенко та А. І. Смолкіною URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n_002700-09#Text

⁴⁹ Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления. Киев: Наукова думка, 1978. С. 243–244.

дійсності повністю або частково (наприклад, запис у дійсний бланк, який має відтиск печатки і підпис, неправдивих відомостей). Видача неправдивих документів – надання або випуск службовою особою документів, зміст яких повністю або частково не відповідає дійсності і які були складені цією ж або іншою службовою особою (наприклад, надання певним суб'єктом певним суб'єктом підприємницької діяльності завідомо фіктивних документів з метою приховання їх злочинної діяльності, або випуск фіктивних ліцензій, патентів з метою їх подальшого продажу тощо)⁵⁰.

Таким чином, ключовим питанням для наявності чи відсутності відповідних форм об'єктивної сторони складу службового підроблення у його інтелектуальному різновиді, є характеристика інформації, яка міститься у офіційному документі, що складається або/і видається службовою особою. Законодавець у диспозиції ч. 1 ст. 366 КК України позначає терміном «завідомо неправдивий офіційний документ», іманентною ознакою якого є наявність у ньому неправдивої інформації.

Неправдива ж інформація, за загальним розумінням, яке ніким не оспорюється, це інформація, яка не відповідає дійсності. Так, за визначенням, яке пропонується Міністерством юстиції України «недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені)»⁵¹.

На практиці часом виникає питання, чи належить офіційний документ, що містить інформацію, включену у цього із порушенням порядку, визначеного законодавством, до «неправдивих документів». При цьому, видається, необхідно враховувати наведені вище положення, а також те, що сам по собі порядок одержання відповідної інформації, що має бути включена у офіційний документ встановленої форми, має на меті, як правило, одержання достовірних, правдивих даних і його (порядку)

⁵⁰ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника та М. І. Хавронюка. 10-те видання, перероб. та допов. Київ: Дакор, 2018. С. 1154.

⁵¹ Відповідальність за розповсюдження недостовірної інформації. Консультації Мініюсту України. URL: <https://minjust.gov.ua/m/vidpovidalnist-za-rozpovsyudjennya-nedostovirnoi-informatsii>

недотримання здатне ці дані спотворити, викласти не повно або у перекрученому вигляді. Крім того, слід також враховувати, що фактична наявність документу, який видається, наприклад, уповноваженим органом державної влади у формі, визначеній для такого виду документу, дає підстави для осіб, які використовують цей документ, обґрунтовано вважати, що інформація, яка у цьому міститься одержана уповноваженим (компетентним) органом із дотриманням всіх необхідних процедур та правових підстав, необхідних саме для цього виду документів, і є правдивою – такою, що відповідає дійсності. У разі недотримання уповноваженим органом процедур та підстав одержання інформації, яка включається у офіційний документ, його зміст є сумнівним і не повинен породжувати наслідків правового характеру

Додатковим обґрунтуванням зазначеного вище твердження можуть слугувати і такі міркування. У аспекті встановлення змісту поняття «складання завідомо неправдивого офіційного документу» та його співвідношення із загальним поняття «підроблення документу», слід також мати на увазі наступне. Як справедливо зазначається у спеціальній літературі, при визначенні (тлумаченні) змісту поняття «підроблення документів», що вживається у диспозиції ч. 1 ст. 366 КК України, необхідно враховувати, що воно не співпадає за змістом із поняттям «підроблення документів», вжитим законодавцем у диспозиціях ч. 1 та 2 ст. 358 КК України, яка є загальною нормою щодо норми, сформульованої у ст. 366 КК України⁵². Зазначивши неоднозначність розуміння поняття у змісті аналізованих норм – ст. ст. 358 та 366 КК України, правники зупиняються на виявлених розбіжностях, пов'язавши їх з особливостями різних предметів кримінальних правопорушень та метою вчинення кримінально-протиправних діянь. Однак ці відмінності не настільки суттєві, навпаки, є всі підстави стверджувати, що в найбільш важливих своїх проявах складання є лише однією з форм підроблення документів. Тому варто погодитись із висловленою у науці позицією, що немає відмінностей між такою формою кримінально-протиправного діяння як

⁵² Савченко А. В., Кришевич О. В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини / За ред. проф. В. І. Шакуна. Київ: Алерта, 2012. С. 116.

«складання завідомо неправдивого офіційного документа» та «підроблення офіційного документа» за ознаками предмета чи мети діяння⁵³. Іншими словами, «складання завідомо неправдивого офіційного документа» є одним із можливих способів загального поняття «підроблення офіційного документа» і на нього поширюються всі загальні ознаки останнього, так званого родового поняття.

У спеціальній літературі з приводу визначення змісту поняття «підроблення» зазначається, зокрема, що кримінально-каране підроблення охоплює такі види дій: 1) виготовлення підробленого документа, бланку, штампу чи печатки (повне підроблення); 2) протиправне видозмінення справжнього документа, бланку, штампу, чи печатки (часткове підроблення). Повне підроблення передбачає виготовлення підробленого документа, який, хоч й відповідає установленим вимогам щодо форми та виду матеріального носія, розміщення реквізитів, проте містить неправдиву інформацію. При цьому важливим у нашому випадку є позиція, що суть цього підроблення зводиться до відображення у змістовній частині документа відомостей, щодо формулювання чи закріплення яких відсутні будь-які правові підстави⁵⁴.

Далі вчена констатує важливе положення, що визначатиме вирішення поставленого питання і не спростоване іншими дослідженнями чи практикою застосування кримінального законодавства. Так, пише авторка, повне підроблення документа буде наявне у таких випадках: 1) коли документи походять не від уповноваженого суб'єкта органу державної влади, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації чи самозайнятої особи; 2) коли відсутні правові підстави для відображення відомостей, які фіксуються у підробленому документі; 3) коли документ виготовляється на підробленому бланку або хоча б і на справжньому, але зміст інформації, яка вноситься в нього, є недійсним⁵⁵.

Не зовсім вдалою є застосована законодавча техніка формулювання диспозиції ч. 1 ст. 366 КК України якраз щодо форм об'єктивної сторони

⁵³ Безпалько С. Об'єктивні ознаки підроблення документів, печаток, штампів і бланків, збуту та використання підроблених документів. *Закон и Жизнь*. 2013. № 1. С. 36.

⁵⁴ Парасюк Н. М. Підроблення як форма злочинного діяння (проблема кримінально-правового регулювання). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 6. С. 178.

⁵⁵ Там само.

та суб'єкта цього кримінального правопорушення. Якщо тлумачити викладене у тексті КК буквально, то службова особа як спеціальний суб'єкт може вчиняти тільки дві форми цього посягання – складання та видачу завідомо неправдивого офіційного документа. Наступні ж дві форми – внесення до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей та інше підроблення офіційних документів, як впливає з диспозиції статті – загальним суб'єктом. Це очевидна нісенітниця, тому вказівку на спеціального суб'єкта кримінального правопорушення необхідно помістити після перерахування всіх форм вчинення посягання.

Спеціальним суб'єктом цього кримінального правопорушення є службова особа у розумінні ст. 18 КК України – так звана загальна службова особа. З приводу цієї ознаки складу особливих суперечностей та проблем немає. Цікавим є інший бік проблеми. Відомо, що норма, передбачена ст. 366 КК України є частково спеціальною щодо норми, передбаченої у ст. 358 КК України за ознакою суб'єкта. Нагадаємо, що ч. 1 ст. 358 КК України встановлює відповідальність за підроблення посвідчення або іншого офіційного документа, який видається чи посвідчується підприємством, установою, організацією, громадянином-підприємцем, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем, аудитором чи іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи, і який надає права або звільняє від обов'язків, з метою використання його підроблювачем чи іншою особою або збут такого документа, а також виготовлення підроблених печаток, штампів чи бланків підприємств, установ чи організацій незалежно від форми власності, інших офіційних печаток, штампів чи бланків з тією самою метою або їх збут. Ч. 2 ст. 358 КК України містить наступний склад кримінального правопорушення – складання чи видача працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача приватним підприємцем, аудитором, експертом, оцінювачем, адвокатом, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців

та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг, завідомо підроблених офіційних документів, які посвідчують певні факти, що мають юридичне значення або надають певні права чи звільняють від обов'язків, підроблення з метою використання або збуту посвідчень, інших офіційних документів, що складені у визначеній законом формі та містять передбачені законом реквізити, виготовлення підроблених офіційних печаток, штампів чи бланків з метою їх збуту або їх збут чи збут завідомо підроблених офіційних документів, у тому числі особистих документів особи.

Не тільки уважне, а й поверхневе ознайомлення зі змістом норм, передбачених ст. 366 та ч.ч. 1 та 2 ст. 358 КК України, ставить два достатньо складних для вирішення питання:

1) *питання щодо предмету*: як можна зауважити, визначення поняття офіційного документа у примітці до ст. 358 КК України та цього ж поняття у диспозиції і ч. 1 і ч. 2 ст. 358 КК України містить інші ознаки. Виникає проблема, у зв'язку із тим, що примітка до ст. 358 КК України поширюється і на ст. ст. 357 та 358 і на ст. 366, то чи у ній вичерпно названі ознаки заданого поняття, чи потрібно, визначаючи предмет злочину для ст. 366 використовувати ознаки офіційного документа, викладені у диспозиціях частин ст. 358 КК України? І головне, навіщо у примітці визначати поняття, визначене у диспозиції статті, та навпаки? З точки зору законодавчої техніки такий прийом не виправданий, він заплутує правозастосовувача та «обтяжує» текст закону.

2) *питання щодо суб'єкта*: кримінальна відповідальність за підроблення офіційного документа у КК диференційована у тому числі й залежно від суб'єкта його вчинення. Ситуація щодо розглядуваних норм щодо суб'єкта кримінального правопорушення узагальнено виглядає так: конститутивне значення має загальний суб'єкт – ч. 1 ст. 358 КК; спеціальний суб'єкт: працівник юридичної особи будь-якої форми власності, який не є службовою особою та перелік певних суб'єктів, які надають публічні чи адміністративні послуги – ч. 2 ст. 358 КК; службова особа (загальна службова особа) – ст. 366 КК України. Як бачимо у цьому ланцюгу наявна ланка «особа, яка надає публічні чи адміністративні

послуги». При цьому перелік відповідних осіб не співпадає із подібними особами, зазначеними у статтях розділу XVII Особливої частини КК. Крім того, у диспозиції ч. 2 ст. 358 КК законодавець розмежовує публічні та адміністративні послуги. Чи повинно це мати значення для встановлення змісту поняття «особа, яка надає публічні послуги» у статтях розділу XVII Особливої частини КК? Крім того, якщо особи, які надають публічні послуги, визначені суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 358 КК, то чому законодавець вважає відповідну поведінку такою, що посягає на інший родовий об'єкт кримінально-правової охорони, а не встановлює самосійної відповідальності таких осіб за підроблення офіційного документа у самостійній статті розділу XVII Особливої частини КК, що було б цілком логічним та послідовним кроком. Відповіді на ці запитання, як видається, лежать у площині якості законотворчої роботи українського парламенту і не є проявом кримінально-правової політики держави.

Будучи специфічним видом зловживання можливостями спеціального статусу та спеціальним видом загального підроблення документів, норма, передбачена ст. 366 КК України «Службове підроблення», є загальною відносно норм, передбачених у інших, крім XVII розділах Особливої частини КК України. Такі норми викладені законодавцем у статтях, визначених нами у таблиці:

Фальсифікація, підроблення, викрадення, пошкодження або знищення виборчої документації, документації референдуму, викрадення, пошкодження, приховування, знищення печатки виборчої комісії, комісії референдуму, виборчої скриньки, списку виборців чи учасників референдуму	ч. 1 ст. 158 ³ КК України
Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду (у частині вчинення діяння службовою особою)	ст. 376 ¹ КК України
Фальсифікація, підроблення, викрадення, пошкодження або знищення виборчої документації, документації референдуму,	ч. 4 ст. 158 ³ КК України

викрадення, пошкодження, приховування, знищення печатки виборчої комісії, комісії референдуму, виборчої скриньки, списку виборців чи учасників референдуму

Підроблення документів, які подаються ч. 2 ст. 205¹ КК України для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців

4.3. «НОВІТНІ» СПЕЦИФІЧНІ ФОРМИ ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ У РОЗДІЛІ XVII ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ

Імплементация у кримінальне законодавство положень міжнародних конвенцій з протидії корупції⁵⁶ розпочало перманентний процес удосконалення законодавства саме у частині кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Поява гучних кримінальних проваджень, «миттєве» реагування на актуальні проблеми кримінально-правового регулювання, спричинило, видається, негативне явище – появу у розділі XVII Особливої частини КК України статей, які містять норми, більшості з яких не місце у цій структурній частині КК. Але про все за порядком.

У цій частині посібника ми аналізуватимемо нормативні положення КК не у хронологічному порядку, а у порядку їх розташування у тексті кримінального закону. Спільним для всіх цих норм, видається, є те, що вони є специфічними формами зловживання спеціальним суб'єктом своїм спеціальним статусом.

19 грудня 2019 року прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення особистого голосування народними депутатами України на пленарних засіданнях Верховної Ради України», яким до КК України було включено ст. 364² «Здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні

Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України». У пояснювальній записці до відповідного законопроекту вказано на необхідності саме такого розв'язання проблеми «неособистого голосування», оскільки «...порушення народними депутатами України обов'язку щодо особистого голосування:

суперечить природі закріпленого в Конституції України представницького мандата народного депутата України, за допомогою якого громадяни України реалізують своє конституційне право брати участь в управлінні державними справами і здійснюють народне волевиявлення;

несе ризики визнання законів, прийнятих із порушенням відповідної процедури, неконституційними, що, у свою чергу, може мати значні негативні наслідки як для держави, так і для суспільства в цілому»⁵⁷.

Негативний характер такого явища, яке одержало у суспільстві назву «кнопкодавство», видається, додаткового аргументування не потребує. Поряд із тим, осмислення потребує кримінально-правова природа вказаного посягання. Так, стаття містить лише основний склад відповідного кримінального правопорушення, яке, відповідно до законодавчого формулювання полягає в *умисному здійсненні народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України (неособисте голосування)*.

Кримінально-правова доктрина вже розпочала надавати описову характеристику цьому посяганням⁵⁸. Публікуються пропозиції уточнюючого характеру, які на думку їх авторів, спрямовані на удосконалення кримінально-правової регламентації відповідальності за неособисте голосування. Так, в одній з робіт пропонується викласти ст. 364² КК у такій редакції: «Умисне здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого

⁵⁷ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення особистого голосування народними депутатами України» URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2148&skl=10

⁵⁸ Верещака Я. В. Кримінальна відповідальність за неособисте голосування народними депутатами України на пленарних засіданнях. *Реформування правової системи в контексті євроінтеграційних процесів. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції*. Суми 21–22 травня 2020 року. Частина 2. С. 328–331.

⁵⁶ Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS173) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101#Text; Конвенція ООН проти корупції URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text

народного депутата України (неособисте голосування) або передача індивідуальної картки для голосування іншому депутату – карається штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян»⁵⁹. Інші ж автори відзначають необхідність розширення сфері дії цієї кримінально-правової заборони на всі голосування народних депутатів України, а не лише на голосування на пленарних засіданнях⁶⁰.

Характеризуючи цей склад із позицій його місця у системі кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, відзначимо наступне:

– цей склад є формальним за конструкцією об'єктивної сторони, що є нетиповим для зловживань можливостями спеціального статусу;

– суб'єкт вчинення цього кримінального правопорушення – народний депутат України є конкретною службовою особою (підвидом представника влади), що також не відповідає загальному характеру посягань, передбачених у розділі XVII Особливої частини КК України;

– суспільна небезпечність та характер благ чи відносин, які підлягають охороні саме цією кримінально-правовою нормою, як впливає з мотивів її введення у КК, об'єктивованих у пояснювальній записці, лежать поза змістом родового об'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Саме тому, видається, є всі підстави стверджувати, що місце цього посягання у системі Особливої частини КК України обране законодавцем не правильно. Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 364² КК України, посягає на конституційні засади державної влади в Україні, що є частиною родового об'єкта посягань, передбачених у розділі I Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки».

⁵⁹ Бондаренко О. С., Хуторянець Ж. В. Кримінально-правова характеристика співучасті народних депутатів у неособистому голосуванні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 2. С. 304–306.

⁶⁰ Лихова С. Я., Лишак В. В. Кримінально-правова характеристика неособистого голосування (ст. 364² Кримінального кодексу України). *Юридичний вісник «Повітряне і космічне право»*. 2020. Т. 3 № 56 URL: <http://jrn1.nau.edu.ua/index.php/UV/article/view/14914>

14 липня 2020 року Верховна Рада України приймає Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», у перехідних положеннях якого КК України доповнено ст. 365³ «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей». До цього законодавчого рішення також є декілька запитань. Перше, що відразу виникає, це сумнівна юридична чистота вказаного закону з огляду на прийняті у травні 2020 року зміни до ст. 3 КК України, які імперативно стверджують, що «зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність можуть вноситися виключно законами про внесення змін до цього Кодексу та/або до кримінального процесуального законодавства України, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення». Наведений вище закон, очевидно, таким не являється. Але це формальний бік проблеми.

Зі змістовної сторони формулювання диспозиції відповідної статті, яка містить аналізований склад, викликає такі міркування:

– місце розташування та вказівка на спеціально-конкретного суб'єкта кримінального правопорушення, мало б свідчити про спеціальний характер відповідної норми відносно норми, передбаченої у ст. 365 КК України, однак, це очевидно те так у зв'язку із підкреслено пасивною формою діяння у складі, передбаченому у ст. 365³ КК України;

– щодо співвідношення із загальним складом зловживання можливостями спеціального статусу, який може вчинятися шляхом бездіяльності, то можна стверджувати, що норма, закріплена у ст. 365³ КК України, є специфічною, адже має формальний склад та мотив, який за змістом та правовим значенням не співпадає із метою загального складу зловживання;

– щодо мотиву, то використання законодавцем у 2020 році конструкції «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб» видається дивним. Можу припустити два варіанти розвитку подій: 1) про зміну змісту мотиву на мету у загальному складі зловживання просто забули; 2) впровадження такого мотиву ставить під сумнів корупційний характер введеного кримінального правопорушення. По перше, воно відсутнє у переліку у примітці до ст. 45 КК України, а по друге, відсутність мети одержання неправомірної вигоди

по суті виключає віднесення посягання до корупційного правопорушення і відповідно до Закону України «Про запобігання корупції»;

– ще одне міркування, яке виникає у зв'язку із наявністю у КК України ст. 365³ – видається, що тут ми маємо справу із окремим випадком криміналізації потурання кримінальному правопорушенню, передбаченому ст. 203² КК України «Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей». Власне ставлення до практично декриміналізації потурання кримінальному правопорушенню у формі його неприпинення висловлювалося вище. У зв'язку із цим дуже дивним видається криміналізація окремого випадку. Така казуїстичність не прикрашає кримінальне законодавство. Системним рішенням було б залишити відповідальність за «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, тобто умисне з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб невжиття передбачених законодавством заходів за заявою (повідомленням) про вчинення незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей або приховування виявленої ним незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей» у межах загального складу зловживання, передбаченого у цьому випадку ст. 364 КК України зі всіма ознаками, якими воно повинно бути наділене.

Вніс свої корективи у кримінально-правову регламентацію кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаною із наданням публічних послуг, й Конституційний Суд України. Така активність органу конституційної юрисдикції вже отримала свою наукову оцінку⁶¹, однак ми зосередимось на інших аспектах. У своєму рішенні у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020 крім іншого він визнав неконституційною ст. 366¹ КК

⁶¹ Гацелюк В. О. Неконституційна криміналізація та конституційна декриміналізація: через кількість рішень Конституційного Суду до якості кримінального закону. *Європейські перспективи*. 2020. № 3. С. 5–18.

України «Декларування недостовірної інформації». Якщо резюмувати аргументи на користь саме такого рішення, то дуже коротко, вони зводяться до тези, що на думку Конституційного Суду, декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, а також умисне неподання суб'єктом декларування декларації мають бути підставою для інших видів юридичної відповідальності⁶². Не будемо аналізувати такі аргументи на предмет їх відповідності п. 22) ст. 92 Конституції України, відзначимо тільки те, що Верховна Рада України прореагувала на таке рішення прийняттям 04 грудня 2020 року Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», яким з КК України виключила визнану неконституційною статтю 366¹, натомість включила до кримінального закону дві статті: 366² «Декларування недостовірної інформації» та 366³ «Неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Аналізуючи склади закріплених у них кримінальних правопорушень, відзначимо наступне:

– декларування недостовірної інформації є нічим іншим, як спеціальним видом службового підроблення (що, є, відповідно, специфічним видом зловживання можливостями спеціального статусу). Такий висновок впливає із розуміння суб'єкта цього кримінального правопорушення, викладеного у примітці до ст. 366² КК: «Суб'єктами декларування у цій статті та статті 366³ цього Кодексу є особи, які відповідно до частин першої та другої статті 45 Закону України «Про запобігання корупції» зобов'язані подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». Всі ці особи належать до категорії службових осіб за різними ознаками. Крім того,

⁶² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text>

«декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» відповідно до положень примітки до ст. 358 КК України цілком можна визначити як офіційний документ;

– якщо так, то рішення Конституційного Суду щодо неконституційності ст. 366¹ КК України нічого не декриміналізувало, а унеможливило застосування спеціальної норми. У цьому разі, відповідна поведінка спеціального суб'єкта, навіть не зважаючи на «вартість розходження» підлягала б кваліфікації за загальною нормою, передбаченою ст. 366 КК України;

– проте ця правова ситуація нікого не наштотхнула на думку про відсутність потреби приймати нові спеціальні норми (крім асистента нашої кафедри О. Я. Кондри)⁶³ і Верховна Рада України приймає ст. 366² в якій встановлює ніщо інше як привілейовану спеціальну відносно ст. 366 КК України кримінально-правову норму;

– законодавець у черговий раз намагається подолати монополію неоподаткованого мінімуму доходів громадян на позначення «вартісних показників» у тексті КК, використавши незвичний для криміналістів «життєвий мінімум для працездатних осіб». Яка в цьому була потреба, невідомо;

– норма, передбачена у ст. 366³ КК України, за характером співвідношення із загальним складом зловживання можливостями спеціального статусу, також є специфічною, оскільки містить формальний склад та не містить вказівки на мету одержання неправомірної вигоди. Більше того, умисне неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції» має, як видається, іншу мету – уникнути відповідальності за незаконне збагачення у найширшому його розумінні.

– не можна погодитись із доцільністю використання у диспозиціях статей КК назв Законів України. Така конструкція вже не виправдала себе у статтях цього ж розділу, оскільки регулятивне законодавство має властивість змінюватися швидше, ніж КК, і зміна

⁶³ Конституційна криза та народні приказки. Допис у соціальній мережі Facebook від 30.10.2020 року URL: <https://www.facebook.com/oleksandr.kondra>

назви закону може поставити під сумнів правомірність застосування тієї чи іншої кримінально-правової норми⁶⁴.

Наступним «втручанням» Конституційного Суду України у кримінально-правове регулювання відповідальність за правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є визнання неконституційним ст. 368² КК України «Незаконне збагачення» рішенням у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (неконституційності) статті 368² Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019. Якщо коротко навести аргументи на користь саме такого вирішення справи, то вони, на думку Конституційного Суду зводяться до такого: «Положення статті 368² Кодексу сформульовані так, що сумніви стосовно законності підстав набуття особою у власність активів у значному розмірі можуть тлумачитися не на користь цієї особи та можуть розглядатися як підтвердження її незаконного збагачення, хоча відповідно до частини третьої статті 62 Конституції України «усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь». З огляду на наведене Конституційний Суд України дійшов висновку, що стаття 368² Кодексу не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України»⁶⁵. Верховна Рада України й тут змушена була відреагувати і 31 жовтня 2019 року прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави

⁶⁴ Задля розв'язання цієї проблеми потрібна була навіть правова позиція Верховного суду: Тлумачення поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави» (ст. 369-2 КК) у контексті відсилки у примітці цієї статті до нечинного Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» не виключає можливості встановлення ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК, у тому числі ознак суб'єкта злочину, з урахуванням Закону України «Про запобігання корупції». Детальніше див.: Постанова ККС ВС від 03.06.2020 у справі № 722/28/17 (провадження № 51-302км20) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89763057>

⁶⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (неконституційності) статті 368² Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#n68>

або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів», яким КК України був доповнений ст. 368⁵ КК України «Незаконне збагачення». При цьому законодавці проявили певну неакуратність, не виключивши з КК ст. 368² «Незаконне збагачення»: в результаті у КК України містяться дві статті з однаковою назвою «Незаконне збагачення» 368² та 368⁵, одна з яких визнана неконституційною.

Щодо змісту ст. 368² КК України застереження виникали не лише в Конституційного Суду, а й в представників науки кримінального права⁶⁶. Нова редакція статті про «Незаконне збагачення», закріплена у ст. 365⁵ КК України також вже стала предметом прискіпливої уваги вчених⁶⁷. Однак аналіз цієї статті проводився здебільшого відокремлено від системи кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, та відокремлено від системи кримінальних правопорушень взагалі. Інший кут зору на цей склад дає підстави для таких міркувань:

– Верховна Рада України, певно зважаючи на рішення Конституційного Суду, додала до ст. 368⁵ КК України певно одну з найбільших приміток у КК України, яка містить п'ять пунктів і роз'яснює поняття «особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», «набуття активів», «активів», «законних доходів» та правила визначення різниці між вартістю набутих активів та законними доходами;

⁶⁶ Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 1. С. 129–142.; Бантишев О. Ф. Щодо подальшого вдосконалення статей Кримінального кодексу України, що передбачають відповідальність за корупційні злочини. *Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації: матеріали міжнародної науково-практичної конференції 12–13 жовтня 2017*. Харків: Право, 2017. С. 405; Шармар О. М. Проблемні питання кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, передбачене ст. 368–2 КК України. *Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації: матеріали міжнародної науково-практичної конференції 12–13 жовтня 2017*. Харків: Право, 2017. С. 417–418.

⁶⁷ Габуда А. С. «Корупційна пастка» криміналізації незаконного збагачення: ретроспективний аналіз. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 3(116). С. 68–74; Осадчий В. І. Незаконне збагачення (ст. 368⁵ КК України): короткий огляд. *Dictum factum*. 2020. № 1 (6). С. 133–140.; Гладун О. З. Проблеми криміналізації незаконного збагачення. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2020. № 1. С. 78–87.; Юрчишин І. Б. Генезис кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в Україні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1 (30). С. 182–187.

– чи зробив цей крок законодавець вказану кримінально-правову заборону більш зрозумілою, видається, що ні;

– розглядаючи цей склад кримінального правопорушення, складно навіть визначити його співвідношення із загальним складом зловживання можливостями спеціального статусу. Справа у тому, що набувати активи не входить у компетенцію спеціального суб'єкта, і в той же час не є перевищенням обсягу такої компетенції. Тобто не є і не може бути ні спеціальною формою «зловживання...», ні специфічною його формою;

– взагалі набувати активи у власність не є протиправною поведінкою. Диспозиція ст. 368⁵ КК України сформульована таким чином, що знахідка, спадок, подарунок на відповідну суму і прийняття їх спеціальним суб'єктом може становити відповідний склад кримінального правопорушення. Не думається, що саме таку мету переслідував законодавець, формулюючи відповідну кримінально-правову заборону.

Враховуючи наведене, видається, що й таке законодавче рішення проблеми не є адекватним потребі кримінально-правової регламентації відповідної поведінки і вже точно цій статті не місце у розділі XVII Особливої частини КК України, оскільки не посягає на нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг.

Останньою у цій частині роботи нормою, яка піддається оцінці на предмет співвідношення із загальним складом зловживання можливостями спеціального статусу, є норма, закріплена у ч. 3 ст. 369³ КК України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань». Диспозиція цієї статті сформульована як «порушення заборони розміщення ставок на спорт, пов'язаних з маніпулюванням офіційним спортивним змаганням з одержанням в результаті цього неправомірної вигоди для себе або інших осіб у розмірі, що перевищує двадцять прожиткових мінімумів для працездатних осіб». Підставами для порівняння цього складу кримінального правопорушення із загальним складом «зловживання...» є: 1) матеріальний його склад; 2) наявність реалізованої щоправда мети одержання неправомірної вигоди та 3) спеціальний суб'єкт кримінального правопорушення⁶⁸.

⁶⁸ Коментар до цієї статті див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника та М. І. Хавронюка. 10-те видання, перероб. та допов. Київ: Дакор, 2018. С. 1185–1189.

Щодо спеціального суб'єкта, то незважаючи на наявність примітки, яка визначає це поняття, з'ясувати його зміст достатньо не просто. Ч. 2 ст. 17 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» містить положення про те, що суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення, що впливають на результати офіційних спортивних змагань, є особи, зазначені в частині третій статті 6 цього Закону, які вчинили корупційне правопорушення; особи, які порушили заборону, встановлену в частині четвертій статті 8 цього Закону; особи, які примушували чи підбурювали цих суб'єктів до правопорушень або вступили з ними у змову. Аналіз положень названих статей вказаного Закону дає можливість констатувати віднесення до суб'єктів кримінального правопорушення, передбаченого ст. 369³ КК України «посадових осіб у сфері спорту». Відповідно до ст. 1 згаданого Закону посадова особа у сфері спорту це: власник, акціонер, керівник чи працівник юридичної особи, яка організовує і сприяє спортивним змаганням, а також особи, уповноважені на проведення офіційного спортивного змагання; керівники і працівники міжнародної спортивної організації, інших компетентних спортивних організацій, що визнають змагання. Тобто частина з цих суб'єктів є службовими особами у розумінні ст. 18 КК України.

Поряд із цим, такий довгий пошук спеціального суб'єкта свідчить про те, що вказане кримінальне правопорушення не посягає на нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг як на основний безпосередній об'єкт, оскільки може бути вчинений великою кількістю інших суб'єктів, крім службових осіб та осіб, які надають публічні послуги. Видається належним місцем для цього посягання, за нинішньої редакції КК, став би розділ XV Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів».

4.4. ІНШІ СПЕЦИФІЧНІ ФОРМИ ЗЛОВЖИВАННЯ МОЖЛИВОСТЯМИ СПЕЦІАЛЬНОГО СТАТУСУ

Специфічними формами зловживання можливостями спеціального статусу, на нашу думку, також є й інші склади кримінальних правопорушень, розташовані у різних розділах Особливої частини КК України. Викладемо їх у формі таблиці:

Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (у частині вчинення таких дій службовою особою лікувального закладу)	ст. 132 КК України
Незаконне розголошення лікарської таємниці (у частині, якщо інформація стала відомою у зв'язку із виконанням особою службових обов'язків)	ст. 145 КК України
Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із службовою діяльністю)	ч. 2 ст. 209 ¹ КК України
Розголошення комерційної або банківської таємниці (у частині вчинення діяння особою, якій інформація стала відомою у зв'язку із службовою діяльністю)	ст. 232 КК України
Розголошення державної таємниці (у частині вчинення діяння особою, якій ця інформація стала відома у зв'язку із службовою діяльністю)	ст. 328 КК України
Передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни (у частині вчинення діяння особою, якій ця інформація стала відома у зв'язку із службовою діяльністю)	ст. 330 КК України

Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (у частині вчинення діяння службовою особою) ст. 381 КК України

Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування ч. 2 ст. 387 КК України

Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень ст. 426¹ КК України

Серед наведених посягань, які становлять собою основний склад кримінального правопорушення, фактично можна виокремити два їх різновиди. Перший, найбільш очевидний, «відновлений» склад перевищення влади або повноважень військовою службовою особою. Специфіка цього складу відносно загального складу «зловживання...» фактично не відрізняється від його співвідношення із складом правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України. Крім того, примітка до ст. 425 КК України, яка визначає поняття військової службової особи, визначає ще й розуміння змісту застосованих у ст. 426¹ КК України ознак «істотна шкода» та «тяжкі наслідки». При цьому характерним є те, що зміст цих ознак істотно відмінний від аналогічних у загальнокримінальних службових правопорушеннях, визначених у примітці до ст. 364 КК України. У примітці 2 до ст. 426¹ КК України зазначає, що у статтях 425 та 426 цього Кодексу істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а тяжкими наслідками за тієї самої умови вважається шкода, яка в п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. І знов ж таки, з прикрістю приходиться відзначати три істотні вади законотворчої техніки цього нормативного положення: 1) складно чимось розумним пояснити відмінність у кількісних показниках, якими визначаються відповідні оціночні поняття у кримінальному праві; 2) якщо законодавець у 2015 році «на вимогу євроінтеграційних процесів» змінив своє ставлення до способу визначення відповідних ознак у розділі XVII Особливої частини КК України, то чому ця «тенденція» не поширена на норми розділу XIX Особливої частини КК? 3) під час повернення до тексту КК статті про перевищення влади та службових

повноважень військовою службовою особою із використанням відповідних ознак (істотна шкода та тяжкі наслідки) певно забули внести зміни до примітки до ст. 425 КК і поширити її дію на ст. 426¹ КК. Підстав застосовувати до цих ознак кримінального правопорушення іншого розуміння – немає.

Друга група кримінальних правопорушень, які становлять собою специфічні види зловживання можливостями спеціального статусу, є посягання із використанням інформації, якою спеціальний суб'єкт володіє у зв'язку власне зі своїм спеціальним статусом. Очевидним є те, що використання такої інформації не за призначенням є поведінкою, яка виходить за межі повноважень спеціального суб'єкта і якщо така поведінка вчинена умисно – ми маємо справу із специфічними формами зловживання, які по суті проявляються і перевищенні можливостей свого спеціального статусу. Серед наведених відповідних складів кримінальних правопорушень є й ті, що мають матеріальний склад, й ті, що мають склад формальний, але видається, що у посяганнях із формальним складом криміноутворюючою ознакою стає сам різновид відповідної інформації, тому законодавець не визначає обов'язковою ознакою настання суспільно небезпечних наслідків. Щодо матеріальних складів, то характер суспільно небезпечних наслідків здебільшого не визначено, або визначено у спосіб, який не пов'язаний із типовими для загального складу «зловживання...» наслідками. Так, наприклад, для складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 381 КК України «Розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист» необхідне настання шкоди здоров'ю особі, взятої під захист.

Проте наведені відмінності не впливають на визначення правової природи норм, які містять відповідні склади кримінальних правопорушень: вони є специфічними відносно загального складу «зловживання можливостями спеціального статусу».

У КК України, в інших, крім XVII розділу Особливої частини, містяться також і кваліфіковані склади кримінальних правопорушень, які передбачені специфічними відносно загального складу «зловживання...» кримінально-правовими нормами. На нашу думку, йдеться про:

Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади ч. 3 ст. 109 КК України

Посягання на територіальну цілісність і недоторканість України ч. 2 ст. 110 КК України

Примушування до вступу в статевий зв'язок (у частині використання службової залежності) ч. 2 ст. 154 КК України

Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії референдуму чи діяльності офіційного спостерігача (у частині вчинення членом комісії) ч. 3 ст. 157 КК України

Незаконне використання виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, голосування виборцем, учасником референдуму більше одного разу, викрадення, пошкодження, приховування або знищення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі ч. 3 ст. 158¹ КК України

Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) ч. 2 ст. 168 КК України

Наведемо декілька міркувань, які впливають з аналізу цих конкретних специфічних видів зловживання можливостями спеціального статусу:

– відсутність статусу спеціальної норми у наведених статтях Особливої частини КК України пов'язано насамперед із специфікою об'єкта відповідних складів. Вказані кримінальні правопорушення не пов'язані, або, більше того, не можуть бути пов'язані із заподіянням матеріальної шкоди. Тому об'єктивна сторона відповідних посягань не може, часом навіть теоретично, співпадати із загальним складом зловживання можливостями спеціального статусу у кримінальному праві України;

– у окремих нормах спеціальний статус суб'єкта впливає із інших ознак закріпленого у статті складу кримінального правопорушення.

Наприклад, у ч. 2 ст. 154 – з ознак потерпілого – особа, яка матеріально або службово залежна від винного;

– в деяких нормах службова особа вказана як конкретна службова особа, що є традиційним законотворчим підходом до конструювання специфічних та спеціальних норм (член виборчої комісії – ст. 157, 158¹; представник влади – ст. ст. 109, 110 КК України).

ТЕМА 5. ПІДКУП У СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Завданням цієї теми є формування у студентів уявлення про систему кримінальних правопорушень, суть яких полягає одержанні спеціальним суб'єктом неправомірної вигоди за обумовлену нею поведінку. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є знання про систему норм, які встановлюють у кримінальному праві відповідальність підкуп, яка є цілком новою для вітчизняного кримінального права та руйнує усталені уявлення щодо кримінально-правового поняття «хабарництво».

5.1. ПОНЯТТЯ «ПІДКУП» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ТА СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ПІДКУПОМ

Враховуючи зміни до кримінального законодавства України, які прийняті Верховною Радою України 18 квітня 2013 року, арсенал кримінально-правових понять поповнився відносно новим для кримінального права поняттям «підкуп». Не має підстав стверджувати, що кримінальне право не оперувало цим поняттям до відповідних змін: первинна редакція КК України і у Загальній, й у Особливій частинах містила вказівку на термін підкуп, а теорія кримінального права – визначала це поняття. Так, наприклад, відомо, що ч. 4 ст. 27 КК України визначає: підбурювачем є особа, яка умовлянням, *підкупом*, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину. При цьому під підкупом теорією кримінального права запропоновано розуміти надання, пропозицію чи обіцянку надання особі матеріальної вигоди (надання грошей або майна, передача чи збереження прав на майно, звільнення від майнових зобов'язань) у разі вчинення нею злочину.

У Особливій частині закону про кримінальну відповідальність термін «підкуп» у первинній редакції зустрічається у ст. ст. 157, 160, 386 КК України. У цьому випадку термін підкуп тлумачать практично аналогічно до попередньої позиції – схиляння особи шляхом надання, пропозиції чи обіцяння винагороди матеріального характеру (грошей, матеріальних цінностей або послуг) до вчинення певних дій чи утримання від них (до бездіяльності), пов'язаних із... певними можливостями.

Таким чином, поняття «підкуп» у кримінальному праві України до відповідних змін у кримінальне законодавство визначався практично однаково у всіх чотирьох випадках його застосування і не у теорії, ні на практиці не викликав різночитань та проблем із застосуванням.

Дисонанс у одноманітне розуміння поняття «підкуп» внесли зміни до КК України, прийняті Верховною Радою України 07 квітня 2011 року, якими були введені ст. 368³ КК України «Комерційний підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», ст. 368⁴ КК України «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» та змінена ст. 370 КК України «Провокація хабара або комерційного підкупу». Таким чином, кримінальне законодавство поповнилося трьома статтями, в яких застосований термін «підкуп».

Відомо, що один термін, який застосовується законодавцем у одному нормативно-правовому акті, в ідеалі повинен мати один зміст. Іншими словами, поняття «підкуп» повинне бути наділено одними й тими ж ознаками, і як наслідок – мати однаковий обсяг для всіх випадків його законодавчого застосування. Аналіз кримінального законодавства станом на квітень 2011 року вже дає підстави сумніватися у застосованості цієї логічної, техніко-юридичної максими щодо поняття «підкуп» у кримінальному праві. Адже, застосовуючи цей термін у назвах ст. ст. 368³ та 368⁴ КК України, законодавець не пояснює його змісту у диспозиціях цих статей, ні у примітці до ст. 368³ КК України. З'ясувати значення цього поняття стає можливим лише із допомогою використання системного тлумачення – законодавець вперше в сучасній історії кримінального права об'єднав у одній статті склади кримінальних правопорушень, які з об'єктивної сторони відрізняються між собою за діяннями, вчиненими щодо одного предмету, а з боку суб'єктивних

ознак – суб'єктом їх вчинення. Ч. 1 ст. 368³ КК України передбачала відповідальність за пропозицію, надання або передачу службовій особі юридичної особи приватного права ... неправомірної вигоди...; ч. 1 ст. 368⁴ КК України, своєю чергою за такі ж дії відносно особи, яка надає публічні послуги. Частина 3-ті цих статей встановлювали відповідальність за «одержання ... неправомірної вигоди...». Таким чином, є всі підстави стверджувати, що поняття «підкуп» набуло у кримінальному праві нового змісту – окрім виключно активних дій, які полягали у передачі відповідного предмету з відповідною метою (як це було до квітня 2011 року), до обсягу поняття «підкуп» тепер необхідно було б віднести також і поведінку, яка полягає у одержанні відповідним суб'єктом певного предмету.

Додатковим підтвердженням цього висновку стало також формулювання диспозиції ст. 370 КК України у редакції 07 квітня 2011 року: *провокація хабара або комерційного підкупу, тобто свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування або одержання хабара чи неправомірної вигоди, щоб потім викрити того, хто дав або отримав хабар або неправомірну вигоду*. Й тут маємо розуміння поняття «підкуп», як таке, яке охоплює поняття «дав» та «отримав».

Наступні зміни до КК України у цій частині лише підтверджують зроблений вище висновок про зміну змісту поняття «підкуп» у кримінальному праві.

По-перше, законодавець вносить зміни до ст. 354 КК України, формулюючи її за конструкцією проаналізованих вище статей та озглавивши нову структурну одиницю КК – «Підкуп працівника державного підприємства, установи чи організації». Надалі ця норма одержала назву «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації», змінено диспозицію, що потягнуло за собою істотне розширення обсягу криміналізації в Україні.

По-друге, законодавець відмовляється від терміну «хабар» та фактично позбавляє можливості науку кримінального права оперувати поняттям «хабарництво», не запропонувавши нічого на заміну.

По-третє, законодавець уніфікував термінологію кримінального законодавства у частині криміналізації поведінки, яка пов'язана із даванням-одержанням неправомірної вигоди відповідними суб'єктами

кримінально-протиправної діяльності: термін «комерційний підкуп» замінено на «підкуп»; термін «хабар» у ст. ст. 368, 369 КК України замінено на термін «неправомірна вигода»; а ст. 370 одержала не тільки нову назву «Провокація підкупу», а й відредаговану диспозицію, аналіз якої дає остаточні підстави для висновку про те, що поняття «підкуп» у кримінальному праві одержав статус «родового поняття», яке охоплює суспільно небезпечну, протиправну поведінку, пов'язану із «пропонуванням-обіцянкою-наданням» неправомірної вигоди з однієї сторони та «прийняттям пропозиції-обіцянки та одержанням» неправомірної вигоди – з іншої.

Таким чином, з'являється остаточне розуміння змісту поняття «підкуп», яке прийшло на заміну поняттю «хабарництво»⁶⁹. Поряд із тим, є всі підстави стверджувати, що ці поняття далеко не тотожні. Поняття «підкуп» значно ширше «хабарництва» та виступає відносно останнього, як видається, родовим.

Враховуючи сучасний стан нормативної регламентації кримінальної відповідальності за підкуп, є підстави стверджувати, що родовими ознаками підкупу виступають:

- а) взаємозв'язок активної та пасивної форми, що породжує «необхідну співучасть» та зобов'язує державу передбачити підстави для притягнення до кримінальної відповідальності і того, хто надає неправомірну вигоду, і того, хто її одержує. Висновок щодо наявності цієї ознаки у родовому понятті підкупу частково може бути спростований завдяки аналізу тексту чинного КК України, адже, у окремих випадках законодавець, встановлюючи відповідальність за активну форму підкупу, не встановлює її за пасивну форму. Так, щодо так званого підкупу у сфері правосуддя (ст. 386 КК України) кримінальній відповідальності підлягає лише особа, яка надає неправомірну вигоду, а той, хто її одержує – ні. Тут, видається, ми маємо справу із прогалиною

⁶⁹ Чернега Ю. О. Відповідальність а підкуп за кримінальним правом України. Дисертація на здобуття наукового ступеня к.ю.н. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2019 URL: https://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/naukova%20diyalist/dorobok_zdobuvachiv/chenega_d.pdf

у кримінально-правовому регулюванні, а не із специфікою кримінально-правової політики. Адже «забуття» встановлення кримінальної відповідальності за пасивний підкуп у цьому випадку очевидно не сприяє ефективній протидії відповідним негативним суспільним явищам. Зрозуміло, якщо підкуплений свідок у результаті одержання ним неправомірної вигоди вчинить якесь суспільно небезпечне діяння, що визнається законом як кримінальне правопорушення – він буде притягнений до кримінальної відповідальності за таке діяння, але не за сам факт одержання неправомірної вигоди. Подібна ситуація фактично вже виправлена щодо виборця та експерта. Отже, й щодо свідка ситуацію можна виправити шляхом внесення у КК відповідних змін, які встановлювати відповідальність за одержання неправомірної вигоди цим спеціальним суб'єктом;⁷⁰

- б) тотожність фактичного предмету при активному та пасивному підкупі. У більшості складів кримінальних правопорушень, в яких встановлена відповідальність за підкуп, цей «предмет» визначений прямо у диспозиції відповідних статей. Щоправда відразу варто обумовити той факт, що термін «предмет» у даному разі вживається не у значенні предмету як ознаки складу кримінального правопорушення. Справа у тому що один і той самий «предмет» у складах активного та пасивного підкупу відіграє різну роль як ознака складу: в активному підкупі він виступає знаряддям або засобом вчинення кримінального правопорушення; у пасивному – власне предметом. Поряд із тим, відомо, що поняття «неправомірна вигода» прийшла на заміну поняття «хабар», що по-перше, не впливає з міжнародно-правових зобов'язань України, а по-друге, нічого для зміни характеру кримінально-правового регулювання відповідальності за підкуп не дає. Однак, зараз не про це. Тотожність «предмету» підкупу для всіх його видів повинна обумовлювати тотожність

⁷⁰ Цей висновок, звичайно, потребує додаткового обґрунтування, яке повинно стати предметом самостійного дослідження, однак у контексті цієї роботи – видається цілком аргументованим.

вирішення питань встановлення кримінальної відповідальності за підкуп (криміналізації) та диференціації такої відповідальності залежно від розміру (вартості) неправомірної вигоди. Як свідчить аналіз тексту КК України, такої тотожності не спостерігається. Насамперед підкуп-підбурювання, підкуп працівника підприємства, установи чи організації, підкуп приватної службової особи, підкуп особи, яка надає публічні послуги та підкуп у сфері правосуддя – не пов'язані ні з мінімальним розміром неправомірної вигоди, ні, жодним чином не диференціюється залежно від розміру вартості предмету. У підкупі виборця (ст. 160 КК України) розмір окремих підвидів неправомірної вигоди має значення для криміналізації поведінки – вартість яких перевищує 0,06 неоподаткованого мінімуму доходів громадян. Вартість неправомірної вигоди на диференціацію кримінальної відповідальності не впливає. Абсолютно інша ситуація у підкупі публічної службової особи – ст. ст. 368 та 369 КК України. Традиційно кримінальна відповідальність за підкуп публічної службової особи не пов'язується із якоюсь мінімальною сумою підкупу, проте диференційована залежно від розміру (вартості) неправомірної вигоди. Цікавим є також те, що аналіз приміток до відповідних статей КК України, в яких визначені розміри (вартість) неправомірної вигоди, підтверджує наш попередній висновок про виключно матеріальний характер неправомірної вигоди: так, в окремих законодавчих положеннях вартість визначена щодо окремих підвидів цього поняття (ст. 160 КК України), у інших же (ст. 368 КК України) – щодо всього поняття;

- в) підкуп, на відміну від інших кримінально-караних випадків безпідставного збагачення (незаконне збагачення, корисливі злочини проти власності, інші корисливі злочини), відбувається як умова вчинення чи не вчинення чого-небудь. Іншими словами, підкуп – це завжди передавання відповідного предмету за щось. Особа, яку підкупають, має можливість щось вчинити або утриматись від вчинення певних дій, тобто має такий статус або положення, у використанні якого зацікавлена особа, яка підкупує. Така можливість для різних видів підкупу є різною:

для службових осіб – можливості компетенції; для осіб, які надають публічні послуги – зміст відповідних послуг; для учасників виборчого процесу – зміст здійснюваного виборчого права; для учасників відносин правосуддя – покази, висновки і т.п.; для особи, яку підбурюють – наступне вчинення злочину. Але можливість є завжди і зміст цієї наступної після підкупу або обумовленої наступним підкупом поведінки є обов'язковою ознакою поняття підкуп⁷¹.

У аналізованому контексті виникає певна термінологічна проблема, яку коротко можна описати так. Кримінально-правова доктрина стосовно загального розуміння поняття «хабарництва» оперувала поділом цього поняття на такі види, як «хабар-підкуп» та «хабар-подяка». Очевидно, що із заміною терміну «хабарництво» на термін «підкуп», така класифікація стає термінологічно неспроможною відобразити суть питання. Недоречним є використання термінів «підкуп-підкуп» та «підкуп-подяка». Однак, змістовно нічого не змінюється і статтями про підкуп також охоплюється поведінка, яка визначалася як «хабар-подяка» із основним доктринальними вимогами, що стосуються власне обумовленості поведінки спеціального суб'єкта і одержання ним неправомірної вигоди. Питання лише за відшукуванням адекватної термінології, яка б позначала відповідне явище.

Поняття «підкуп» можна класифікувати залежно від різних ознак.

Так, наприклад, всі підкупи, відповідальність за які передбачена у КК України, можна поділити на два види, залежно від належності їх до корупційних правопорушень, очевидно на корупційні та не корупційні. При цьому, як побачимо, друга група – «некорупційні підкупи», виділена дуже умовно. Формально – корупційні підкупи – підкупи, передбачені ст. ст. 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК України. Відповідно, некорупційними підкупками є посягання, передбачені ст. ст. 160, 369³, 386 КК України.

⁷¹ Ця ознака, не зважаючи на всю її очевидність, знайшла своє відображення у правовій позиції Верховного Суду: Відповідальність за одержання неправомірної вигоди настає лише за умови, якщо службова особа одержала її за виконання чи невиконання будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Детальніше див.: Постанова Верховного Суду від 18 грудня 2019 року у справі № 588/1199/16-к (провадження № 51-3127км19) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505861>

Вагоме значення буде мати поділ залежно від характеристик змісту можливостей, які «купуються» відповідною особою. Характеристика ж можливостей безпосередньо залежить від характеристик можливостей суб'єкта одержання підкупу. Враховуючи наведене можна виділити:

- підкуп-підбурювання (ч. 4 ст. 27 КК України);
- підкуп публічної службової особи (ст. ст. 368, 369 КК України);
- підкуп приватної службової особи (ст. 368³ КК України);
- підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368⁴ КК України);
- підкуп лобіста (ст. 369² КК України);
- підкуп у спорті (ст. 369³ КК України)
- підкуп працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України);
- політичний підкуп (виборчий підкуп) (ст. 160 КК України);
- підкуп у сфері правосуддя (підкуп свідка, потерпілого або експерта) (ст. 386 КК України).

Кримінально-правова характеристика виділених тут видів підкупу вичерпно надана у науково-практичних коментарях до КК України та науковій літературі. Наступний розгляд питань кримінально-правової характеристики підкупу пропонуємо здійснювати не відповідно до наведеної вище класифікації, а використовуючи поділ залежно від характеристик об'єктивних ознак підкупу: активний та пасивний підкуп. Видається, що саме такий підхід дасть можливість викласти матеріал найбільш системно та знання, які одержать здобувачі освіти, також матимуть системний характер.

5.2. АКТИВНИЙ ПІДКУП У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Активний підкуп у кримінальному праві, очевидно, – єдина форма кримінально-протиправної поведінки серед посягань на нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, що вчиняється власне загальним суб'єктом – будь-якою фізичною осудною особою, яка досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Всі описані вище види підкупу передбачають кримінальну відповідальність за активну його форму. Хоча й сама назва цієї форми – активний підкуп – не є вдалою (особа, яка

одержує неправомірну вигоду також здебільшого діє активно, більше того може виступати навіть й ініціатором передачі відповідного предмету), іншого терміну для позначення «поведінки того, хто дає» поки що немає. Активний підкуп, за логікою речей, оскільки має однакового суб'єкта поведінки, повинен мати й однієї і ті самі форми прояву в усіх видах підкупу залежно від можливостей, що «купуються». Викладемо форми активного підкупу та охарактеризуємо їх.

Стаття Кримінального кодексу	Форми поведінки			
ч. 4 ст. 27 Підбурювач	– не визначено			
ч. 2 ст. 160 Підкуп виборця, учасника референдуму, члена виборчої комісії або комісії з референдуму	–пропозиція	–обіцянка	–надання	–
ч. 1 ст. 354 Підкуп працівника підприємства, установи чи організації	–пропозиція	–обіцянка	–надання	–
ч. 1 ст. 368 ³ Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми	–пропозиція	–обіцянка	–надання	– прохання надати
ч. 1 ст. 368 ⁴ Підкуп особи, яка надає публічні послуги	–пропозиція	–обіцянка	–надання	– прохання надати
ч. 1 ст. 369 Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі	–пропозиція	–обіцянка	–надання	–

ч. 1 ст. 369 ² Зловживання впливом	–пропозиція	–обіцянка	–надання	–
ч. 1 ст. 369 ³ Противправний вплив на результати офіційних спортивних змагань	– не визначено			
ст. 386 Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, спеціаліста, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку	– не визначено			

Відтак, зміст активного підкупу у кримінальному праві не такий однозначний, як би нам хотілося. Насамперед, у таких видах підкупу, як підкуп-підбурювання, підкуп у спорті та підкуп у сфері правосуддя (нагадаємо – відповідальність у КК України для цих видів підкупу встановлена лише за активну його форму) – це поняття у диспозиціях відповідних статей не конкретизується. Отже, для встановлення змісту цього поняття потрібне звернення до інших статей КК України, у яких застосовується термін підкуп, а точніше – активна його форма. Як впливає з аналізу тексту КК України, активна форма підкупу передбачена у відповідних частинах ст. ст. 160, 354, 368³, 368⁴, 369, 369² КК України. Проте й у цих статтях перелік діянь, які охоплюються активною формою підкупу – різний. Співпадають, і є такими, що притаманні будь-якому активному підкупові наступні форми поведінки:

- 1) пропозиція неправомірної вигоди;
- 2) обіцянка неправомірної вигоди;
- 3) надання неправомірної вигоди.

У статтях 368³ та 368⁴ КК України у травні 2014 року з'являється четверта форма активного підкупу – прохання надати неправомірну вигоду. Охарактеризуємо ці форми активного підкупу.

Відзначимо, що до травня 2014 року законодавчого визначення жодної з цих форм поведінки КК України не містив. Встановлення змісту наведених понять належало до прерогативи науки кримінального права та практики правозастосування. Більше того, щодо пропозиції та обіцянки надати неправомірну вигоду протягом нетривалого часу точилася дискусія про відповідність криміналізації цих форм поведінки загальному поняттю злочину у аспекті відповідальності виключно за діяння. Ми стоїмо на позиціях, що і пропозиція, і обіцянка є нічим іншим як формою діяння і встановлення кримінальної відповідальності за таку поведінку має право на існування.

Розгорнуту систему аргументів на користь змістовної обґрунтованості такого підходу запропонував О. О. Дудоров, відзначивши, що а) усвідомлення того факту, що вже сама пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди є підставою настання кримінальної відповідальності потенційного надавача такої вигоди, може слугувати істотним стримуючим антикорупційним фактором; б) самостійна (у вигляді окремих кримінально-правових заборон) відповідальність за пропозицію (обіцянку) неправомірної вигоди має місце в країнах із низьким рівнем корупції; в) ніхто не сумнівається в існуванні так званих інформаційних злочинів, вчинюваних шляхом виголошення або написання слів, фраз, промов (різноманітні погрози, заклики, розголошення тощо)⁷².

Що ж таке пропозиція? Пропозиція як форма активного підкупу – перше «нетрадиційне» діяння, яке опинилося у тексті КК внаслідок намагання реформувати правове забезпечення протидії корупції. У навчальній літературі пропозицію визначили як повідомлення про наявність можливості і наміру (бажання) надати особі неправомірну вигоду; така пропозиція має бути зрозумілою, недвозначною і містити усі істотні умови⁷³. Згодом у тексті КК з'явилася наступна форма активного підкупу – обіцянка. Виникла потреба розмежувати ці два поняття: пропозиція та обіцянка.

⁷² Дудоров О. О., Коломоєць Т. О., Кушнір С. М., Макаренков О. Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: Монографія. Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2019. С. 291.

⁷³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 9-те видання, перероблене і доповнене. Київ: Юридична думка, 2012. С. 1082.

Тлумачний словник української мови визначає слово «обіцянка» як добровільно дано зобов'язання зробити щось. Тлумачення слів «пропозиція» та «обіцянка» нічого не дає для визначення змістового відтінку їх значення. Щоправда, особливого значення таке тлумачення не набуває у зв'язку із тим, що законодавець не диференціює відповідальність залежно від цих форм активного підкупу, проте вимога точності кримінально-правової кваліфікації, ставить цю проблему.

Законодавець, напевне розуміючи складність правозастосування у розмежуванні цих форм, зробив спробу визначити ці поняття у примітці до ст. 354 КК України. Так, під пропозицією у ст. ст. 354, 368, 368³–370 запропоновано розуміти *висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги або службовій особі наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди*. Чи вдале таке визначення цих понять. Думається, що ні. Обіцянка, на думку законодавця – це конкретизована пропозиція і крапка. Чи є так насправді – ні. Крім проблеми ступеня конкретизації (скільки деталей має бути повідомлено адресатові: чи достатньо часу або місця, або способу альтернативно, чи обов'язково наявність всіх трьох елементів), виникає питання ініціативи надання неправомірної вигоди. За умови достатньо довільного тлумачення вказаних понять, є підстави оцінити як обіцянку надання неправомірної вигоди згоду особи на пропозицію спеціального суб'єкта щодо певної його поведінки за винагороду, підтвержену будь-якими зобов'язаннями. Нормативне тлумачення поняття обіцянки таких підстав не дає, залишаючи ініціативу надання неправомірної вигоди тільки за тим, хто намагається її надати, а не одержати. Очевидно, що як законотворці громадяни ми будемо використовувати визначення понять «пропозиція» та «обіцянка» неправомірної вигоди, яке запропоноване у примітці 3 ст. 354 КК України, проте стверджувати, що проблема їх розуміння вирішена – немає підстав. На проблемах розуміння понять «пропозиція» та «обіцянка» наголошувалося і у спеціальній літературі⁷⁴.

⁷⁴ Дудоров О. О. Пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди як форми корупційної поведінки. *Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI столітті: тези*

Наступна форма активного підкупу – надання неправомірної вигоди. Цікаво відзначити, що у період «утрясання» нормативно-правової регламентації кримінальної відповідальності за підкуп в Україні, текст КК знав ще одну активну форму підкупу – передача. Як і у попередньому випадку, ці два поняття потребувати змістовного розмежування, яке й пропонувалося у навчальній літературі. Так, надання означало передавання (пересилання, трансфер) особі неправомірної вигоди без участі посередника, а передача – її передавання через посередника. У чинній редакції відповідних норм, уміщених у КК, термін «передача» зник. Чи означає це, що участь посередника у передаванні неправомірної вигоди спеціальному суб'єкту не охоплюється залишеним терміном «надання». Думається, що ні. Термін «надання» у статях про підкуп, видається, слід тлумачити традиційно для науки кримінального права як будь-яке фактичне передавання предмету підкупу від особи до спеціального суб'єкта незалежно від того, чи це відбувалося безпосередньо, чи за допомогою посередника (посередників).

Новинкою серед форм активного підкупу у травні 2014 року у диспозиціях статей 368³ та 368⁴ КК України з'явилося «прохання надати неправомірну вигоду». Нормативного тлумачення цього терміну немає. Навчальна література також поки що нічого не пропонує. Наукова література містить спроби пояснити відповідне явище та запропонувати вихід із проблемної ситуації, що склалася із його появою⁷⁵. Тлумачні словники української мови під «проханням» розуміють 1) ввічливе звертання до кого-небудь з метою домогтися чогось, спонукати кого-небудь зробити, виконати щось; 2) письмове клопотання, заява, складена за офіційно встановленою формою. Якщо забрати емоційне забарвлення та формальний аспект та конкретизувати зміст цього поняття щодо підкупу, то можемо стверджувати, що *під проханням надати неправомірну вигоду необхідно зрозуміти звернення до якоїсь особи з метою спонукати її надати спеціальному суб'єкту неправомірну вигоду.*

доповідей міжнародної науково-практичної конференції м. Запоріжжя, 29–30 січня 2016 р. Запоріжжя: ЗНУ, 2016. С. 113–121.

⁷⁵ Дудоров О. О. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2016. Вип.1. С. 80–98.

Ніби все зрозуміло, однак не до кінця. Прохання надати неправомірну вигоду, очевидно, не може бути спрямоване до спеціального суб'єкта, а отже, спрямовується третій особі. З цього випливає, що саме звернення до іншого загального суб'єкта загальним суб'єктом про наступне ймовірне надання неправомірної вигоди спеціальному суб'єкту є кримінально-караною поведінкою, становить собою завершену об'єктивну сторону кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 368³ або ч. 1 ст. 368⁴ КК України незалежно від того, чи погодилася ця третя особа на таку поведінку. Проблема полягає у тому, що навіть для підбурювання до кримінального правопорушення характерна така форма поведінки як умовляння, яке очевидно відрізняється від прохання за ступенем інтенсивності. Отже, чи наділене «прохання» вчинити надання неправомірної вигоди необхідним саме для кримінального правопорушення ступенем суспільної небезпеки, адже посягання, до якого відбувається така форма «навіть не підбурювання» є нетяжким злочином.

Крім того, виникає питання про те, як кваліфікувати дії особи, яка погодилася на таке прохання? Самостійної форми активного підкупу «згода на прохання надати неправомірну вигоду» КК України не передбачає. Готування до саме такого злочину відповідно до ч. 2 ст. 14 КК України кримінальної відповідальності не тягне. Так чому особа, яка «висловлює прохання надати неправомірну вигоду» – підлягає кримінальній відповідальності, а особа, яка «погоджується таке прохання виконати» – ні. Питання без відповіді.

Попередні міркування, здається, свідчать про надмір криміналізації у цій сфері та підтверджують неграмотне намагання законодавця вирішити проблеми протидії корупції шляхом встановлення кримінальної відповідальності за будь-які форми сприяння цьому явищу. Спроба виявити аргументи впровадження у КК відповідних форм у пояснювальній записці до відповідного законопроекту нічого не дала. Натомість висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України містить положення, які виглядає доцільним навести повністю: «Юридично необґрунтованою, на наш погляд, є пропозиція щодо криміналізації *обіцянки* чи *прохання* надання неправомірної вигоди, а також прийняття *обіцянки* надання неправомірної вигоди (статті 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК – в редакції проекту). Те ж саме стосується й приписів

чинного КК (після внесення змін на підставі Закону України від 18 квітня 2013 року № 221-VII). Адже, по-перше, вчинення таких дій може свідчити лише про наявність наміру, думки отримати неправомірну вигоду, що саме по собі не утворює склад злочину (стаття 11 КК). Лише у випадку, якщо той, хто пропонує неправомірну вигоду, та той, кому її пропонують, доходять певної домовленості про умови та способи реалізації їх «спільного плану», такі дії можна розглядати як *готування до хабарництва*. Але довести або спростувати таку домовленість на практиці майже неможливо.

Загалом, чинний КК України до останнього часу передбачав лише невелику кількість складів злочинів, які вважаються закінченими уже на стадії готування до вчинення певного діяння (зокрема, публічні заклики до *насильницької зміни чи повалення конституційного ладу* або до *захоплення державної влади*, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій (частина друга статті 109 КК України), публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення умисних дії, вчинених з метою *зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України* (частина друга статті 110 КК України), публічні заклики до вчинення терористичного акту (стаття 258-2 КК України) та інші). Усі ці діяння навіть на стадії готування є настільки небезпечними, що законодавець встановив за їх вчинення кримінальну відповідальність як за вчинення закінченого злочину. У всіх інших випадках готування до злочину карається за статтею, яка передбачає відповідальність за відповідний закінчений злочин, враховуючи при цьому приписи частини другої статті 14 КК про те, що готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності.

У даному ж випадку, на наш погляд, обіцянка чи пропозиція неправомірної вигоди сама по собі не має того рівня суспільної небезпечності, щоб визнаватись закінченим злочином, тим більш таким, покарання за який дорівнює (виходячи із запропонованих редакцій статей)

покаранню за одержання неправомірної вигоди.»⁷⁶. Чому законодавець не прислуховується до розумних порад – питання риторичне.

Враховуючи вищенаведене, вважаємо за необхідне виключити з альтернативних форм активного підкупу «прохання надати неправомірну вигоду».

У зв'язку із аналізом кримінально-правових проблем та особливостей активного підкупу, відзначимо ще одне питання. Як відомо, кримінальна відповідальність за активний підкуп не диференційована залежно від розміру (вартості) неправомірної вигоди. Чи це виправдано. Напевне ні. Уявімо собі ситуацію, якщо з КК будуть виключені норми, в яких встановлена відповідальність за активний підкуп. Дії особи, яка пропонувала, обіцяла або надала неправомірну вигоду спеціальному суб'єктові декриміналізованими визнаватися не повинні, а мають бути кваліфіковані як співучасть у одержанні неправомірної вигоди. Відповідальність же за пасивний підкуп, зокрема публічної службової особи, залежно від розміру (вартості) неправомірної вигоди диференційована. А це, своєю чергою, тягне за собою кваліфікацію дій співучасника диференційовано, адже відповідно до ч. 2 ст. 29 КК України організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає кримінальне правопорушення, вчинений виконавцем. Таким чином, уявне виключення з КК нормативних положень про активний підкуп створює більш адекватні умови для застосування КК до розглядуваних випадків, ніж їх наявність.

5.3. ПАСИВНИЙ ПІДКУП У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Пасивний підкуп – явище, з яким більше асоціюється кримінально-протиправна поведінка, що посягає на нормальну службову діяльність та професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних

⁷⁶ Висновок Головного науково-експертного управління від 09.04.2014 року щодо Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50403

послуг. Одержуючи у кінцевому рахунку неправомірну вигоду, спеціальний суб'єкт ставить під дуже серйозний сумнів той факт, що він буде використовувати передбачені його спеціальним статусом можливості об'єктивно та справедливо, в інтересах суспільства, юридичної особи або надання публічних послуг. Саме тому відоме з історії адміністративного права явище «кормление» як спосіб заробляння публічним чиновником, погано співвідноситься із сучасними цивілізаційними цінностями. Щоправда парадокс ситуації у цій сфері полягає у тому, що сучасна українська держава допускає мізерне грошове утримання для осіб, які виконують чи неважливіші публічні функції: освіту та охорону здоров'я, сподіваючись при цьому, що спеціальний суб'єкт обмежиться принизливою оплатою своєї праці та не шукатиме додаткового заробітку, у тому числі й у кримінально-протиправній формі. Саме тому, визначаючи ту структурну частину родового об'єкта кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, яка покликана запобігати підкупам, у посібнику стверджувалось, що оплата має бути у тому числі й адекватною тій функції, яка виконується спеціальним суб'єктом.

Форми пасивного підкупу, якщо проаналізувати їх нормативне закріплення, виглядають так:

Стаття Кримінального кодексу	Форми поведінки			
ч. 1 ст. 160 Підкуп виборця, учасника референдуму, члена виборчої комісії або комісії з референдуму	прийняття пропозиції	прийняття обіцянки	одержання	–
ч. 3 ст. 354 Підкуп працівника підприємства, установи чи організації	прийняття пропозиції	прийняття обіцянки	одержання	прохань надати
ч. 1 ст. 368 Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою	прийняття пропозиції	прийняття обіцянки	одержання	прохань надати

ч. 3 ст. 368³ Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми	прийняття пропозиції	прийняття обіцянки	одержання	–
ч.3 ст. 368⁴ Підкуп особи, яка надає публічні послуги	прийняття пропозиції	прийняття обіцянки	одержання	–
ч.2 ст. 369² Зловживання впливом	прийняття пропозиції	прийняття обіцянки	одержання	–

Таким чином, для всіх видів пасивного підкупу характерні такі форми поведінки:

- 1) прийняття пропозиції неправомірної вигоди;
- 2) прийняття обіцянки неправомірної вигоди;
- 3) одержання неправомірної вигоди;

Для двох видів пасивного підкупу, передбачених ст. ст. 354 та 368 КК України, законодавство України додає до переліку «прохання надання неправомірної вигоди». Цікавою є помічена нами закономірність – форма підкупу «прохання надати неправомірну вигоду» для активного підкупу передбачена у ст. ст. 368³, 368⁴ КК України; а для пасивного – у інших двох видах. З чим це пов'язано – не зрозуміло, адже природно прохання надати неправомірну вигоду може виходити від особи, яка у майбутньому бажає її одержати, а не від іншої особи. Тому у складах пасивного підкупу «прохання» неправомірної вигоди, незважаючи на всю «корявість» такої форми поведінки, виглядає більш природно, ніж у складах підкупу активного.

Перейдемо до аналізу окремих форм пасивного підкупу.

Прийняття пропозиції та прийняття обіцянки за своїми ознаками максимально наближені одна до одної, оскільки відмінність між ними, як впливає із примітки до ст. 354 КК України, полягає лише у ступені конкретизації висловленої пропозиції. Що ж означає прийняти пропозицію. Нормативне тлумачення у тексті КК відсутнє, тому звернемося насамперед до судової практики. Так, в одному з узагальнень судової практики низового рівня відзначено, що прийняття пропозиції

чи обіцянки надати неправомірну вигоду – це згода (погодження, виявлення готовності) службової особи на передачу або надання їй обіцяної неправомірної вигоди за вчинення чи не вчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує або обіцяє таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища (за цих умов фактично йдеться про криміналізацію злочинного наміру). Власне прийняття пропозиції чи обіцянки надати неправомірну вигоду може бути здійснене в будь-якій формі (конклюдентними діями, усно, письмово, телефоном, СМС – повідомленням тощо). Способи вчиненого діяння на кваліфікацію злочину не впливають. Приймаючи пропозицію чи обіцянку надати неправомірну вигоду, винний, так би мовити, «укладає попередню угоду» щодо її одержання з особою, яка пропонує чи обіцяє таку вигоду. Таким чином створюються умови для подальшого безпосереднього та безперешкодного одержання неправомірної вигоди (на цьому етапі між службовою особою та особою, яка пропонує чи обіцяє неправомірну вигоду, не виключається коригування суми, форми чи виду зазначеної вигоди, місця, строків та адресатів її майбутнього одержання і т. ін.)⁷⁷.

Специфічною проблемою у цьому аспекті видається питання кримінально-правової оцінки «мовчазної згоди» на пропозицію чи обіцянку надання неправомірної вигоди. Йдеться про те, чи вважати прийняттям пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди «не заперечення потреби оплати послуг». Тобто, чи є у спеціального суб'єкта пасивного підкупу обов'язок у випадку звернення до нього з пропозицією чи обіцянкою надати неправомірну вигоду діяти активно – відмовитися від одержання такої вигоди. Видається, що є. У нашому суспільстві побутує думка про «мовчання як знак згоди». Екстраполяція комунікативних традицій на власне кримінально-правові питання у цьому випадку видається виправданим з огляду на суб'єктивну сторону підкупу: суб'єкт активного підкупу, одержавши на свою пропозицію

⁷⁷ Узагальнення судової практики розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення та деякі злочини, передбачені розділом XVII Кримінального кодексу України URL: http://zib.com.ua/ua/print/57263-uzagalnennya_sudovoi_praktiki_rozglyadu_sprav_pro_administra.html

«мовчання» має всі підстави сприйняти цей факт як згоду спеціального суб'єкта пасивного підкупу на одержання неправомірної вигоди у майбутньому. І з іншого боку – спеціальний суб'єкт «відмовчавшись» на пропозицію чи обіцянку надання неправомірної вигоди розуміє, що активний суб'єкт приймає його мовчання як згоду. Питання полягає ще і у тому, що загальними умовами кримінальної відповідальності за пасивну форму поведінки – бездіяльність – є юридичний обов'язок діяти та можливість діяти. Отже, у аналізованому випадку повинен бути доведений юридичний обов'язок спеціального суб'єкта зрозуміло та однозначно відмовитися від запропонованої чи обіцяної неправомірної вигоди. Такий обов'язок прямо впливає з регулятивного законодавства – Закону України «Про запобігання корупції» ст. 24 якого зазначає, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняні до них особи у разі надходження пропозиції щодо неправомірної вигоди або подарунка, незважаючи на приватні інтереси, зобов'язані невідкладно вжити таких заходів: 1) відмовитися від пропозиції...

Одержання неправомірної вигоди – це прийняття спеціальним суб'єктом неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення чи не вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням можливостей свого спеціального статусу. Використання ж можливостей статусу спеціальним суб'єктом завжди перебуває поза межами складу пасивного підкупу і у разі, коли становить собою інше кримінальне правопорушення, – підлягає кваліфікації за сукупністю із відповідною статтею про пасивний підкуп.

При цьому варто зауважити наступний момент. Предметом «купівлі» у пасивному підкупі повинно стати лише та поведінка, яка обумовлена спеціальним статусом винної особи. Якщо аналізувати пасивний підкуп, статті про який міститься у Особливій частині КК України, то таким «предметом» може бути:

– вчинення або невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією виборцем, учасником референдуму, членом виборчої комісії, комісії з референдуму своїх виборчих прав, прав на участь у референдумі (ст. 160 КК України);

– вчинення чи невчинення будь-яких дій з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, в установі чи організації, або у зв'язку з діяльністю особи на користь підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України);

– вчинення або невчинення будь-якої дії з використанням наданої публічній службовій особі влади чи службового становища (ст. 368 КК України);

– дія або бездіяльність з використанням наданих приватній службовій особі повноважень (ст. 368³ КК України);

– дія або бездіяльність з використанням наданих особі, яка надає публічні послуги, повноважень (ст. 368⁴ КК України);

– вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (ст. 369² КК України);

– вплив на результати офіційних спортивних змагань (ст. 369³ КК України);

– відмова від давання показань чи висновку, а також давання завідомо неправдивих показань чи висновку (ст. 386 КК України);

Тобто, якщо неправомірна вигода передається спеціальному суб'єктові за вчинення поведінки, яка не обумовлена його спеціальним статусом і може бути вчинена без використання виборчих прав, прав участі у референдумі (ст. 160 КК); становища на підприємстві, в установі чи організації (ст. 354 КК), влади, службового становища (ст. 368 КК), повноважень (ст. 368³ та 368⁴ КК), впливу (ст. 369² КК) та можливостей обумовлених певним спортивним статусом (ст. 369³ КК) або процесуальним статусом (ст. 386 КК) – ми маємо справу не з підкупом у загальному кримінально-правовому значенні, а з підкупом-підбурюванням до вчинення якого небудь правопорушення, якщо предметом було кримінально-протиправні поведінка, або взагалі із кримінально-нейтральним явищем, якщо предметом була не кримінально-протиправна поведінка.

Стосовно того, що ці можливості спеціального статусу обумовлені характеристиками спеціального суб'єкта пасивного підкупу, варто наголосити також на деяких спірних положеннях, що впливають з аналізу відповідних кримінально-правових норм і можуть створювати (або вже створюють) проблеми для теорії та практики кримінального права.

Почнемо із політичного підкупу (або підкупу виборця, як, напевно, точніше). Чинна редакція ст. 160 КК України стала результатом багатозначних намагань удосконалили «виборче кримінальне право», остання спроба чого відбулася у липні 2020 року перед місцевими виборами. До чого призводять такі спроби, на жаль, відомо. Не стала виключенням і чинна редакція ст. 160 КК України.

– перше, з чим зустрінеться і вчений, і правозастосовувач – із розбіжністю у колі спеціальних суб'єктів у пасивному (ч. 1) та активному (ч. 2) підкупі. Спеціальним суб'єктом пасивного підкупу є: а) виборець; б) учасник референдуму; в) член виборчої комісії; г) член комісії з референдуму; д) офіційний спостерігач. Загальний суб'єкт у активному підкупі вчиняє відповідну поведінку щодо: а) виборця; б) учасника референдуму; в) кандидата; г) члена виборчої комісії; д) члена комісії з референдуму. Елементарний аналіз цих переліків дає можливість стверджувати, що залишилося поза сферою кримінального права одержання неправомірної вигоди кандидатом та надання такої вигоди офіційному спостерігачеві. Тоді як «парна» поведінка – тягне за собою кримінальну відповідальність, адже є кримінальним правопорушенням. Не віриться у те, що таке законодавче рішення має під собою вагомі причини. Ситуація більше нагадує банальну помилку, яку необхідно негайно виправити;

– друге з цим зустрінуться й теоретики, й практики, це проблема обумовленості підкупу реалізацією спеціальним суб'єктом свого спеціального статусу. Наведемо один простий приклад: спеціальним суб'єктом пасивного виборчого підкупу є член виборчої комісії, який несе кримінальну відповідальність, увага!, за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за вчинення або невчинення будь-яких дій, пов'язаних з безпосередньою реалізацією ним своїх виборчих прав. Для розуміння змісту «виборчих прав», звернемося до положень регулятивного законодавства. Виборчий кодекс України містить ст. 6 «Виборчі права громадян України», ч. 2 якої зазначає, що основні виборчі права включають: 1) право вільно обирати (право голосу на виборах); 2) право бути обраним. Серед прав виборців на участь у виборчому процесі, пов'язаних із правом голосу, ст. 9 Виборчого кодексу зазначає стосовно нашої теми лише «право бути членами виборчих

комісії, які організують підготовку та проведення відповідних виборів». Тобто, член виборчої комісії вже реалізував це право і «предметом» його підкупу може бути лише вихід з цієї комісії. Проте, ситуація, здається, не настільки очевидна. Члени виборчих комісій відповідно до ст. 38 Виборчого кодексу мають достатньо чітко визначений правовий статус, який і може бути справжнім предметом «виборчого підкупу», але буквальне тлумачення наведених законодавчих актів не дає можливості, наприклад, притягнути за ст. 160 КК України до відповідальності осіб за надання члену виборчої комісії неправомірної вигоди за ухилення ним від участі у засіданнях виборчої комісії;

– у результаті появи серед спеціальних суб'єктів пасивного підкупу таких суб'єктів кримінального правопорушення як члени виборчої комісії та комісії з референдуму, виникає питання про справжню необхідність появи привілейованої спеціальної кримінально-правової норми відносно ст. 368 КК України, адже члени відповідних комісій є й публічними службовими особами. То ж для чого виводити з під дії «справжніх» антикорупційних норм певну категорію службових осіб та загальних суб'єктів, які вчиняють активний підкуп щодо них і за загальною нормою мали б відповідати за ст. 369 КК України? Питання відкрите. Також сподіваюсь, що це помилка, а не реалізація якоїсь кримінально-правової політики;

– аналіз ч.ч. 3, 4 та примітки до ст. 160 КК України також призводить до парадоксальних висновків, які в цілому свідчать про недбале ставлення законодавця до формулювання тексту кримінально-правових заборон.

Дещо надмірно, як видається, є криміналізація підкупу, яка відбулась у результаті багаторазових змін ст. 354 КК України. Нагадаємо, що первинна редакція ст. 354 КК України встановлювала кримінальну відповідальність за *незаконне одержання шляхом вимагання працівником державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, в будь-якому вигляді матеріальних благ або вигід майнового характеру у значному розмірі за виконання чи невиконання будь-яких дій з використанням становища, яке він займає на підприємстві, в установі чи організації*. У 2013 році зі складу зникає вимагання, натомість з'являється активна форма підкупу, а у 2014 році – державна форма власності юридичної особи, де працює спеціальний суб'єкт.

На наявність такої надмірності обґрунтовано вказується і у спеціальній літературі. Справа у тому, що у статтях 21 Конвенції ООН проти корупції та ст. 7–8 ETS173 (у результаті імплементації яких з'явилося, зокрема, чинне формулювання диспозиції ст. 354 КК України) на держави учасниці покладається зобов'язання здійснити криміналізацію лише тих випадків активного та пасивного підкупу в приватній сфері, коли він здійснюється за виконання або невиконання повноважень на порушення обов'язків тим, кого підкупувають, тобто за вчинення протиправних діянь. У свою чергу статті 354, 368-3 та 368-4 КК передбачають кримінальну відповідальність і тоді, коли підкуп здійснюється у зв'язку із вчиненням діянь, які загалом є правомірними⁷⁸. У результаті фактично з'явилась ситуація, коли кримінально-карним діянням є надання офіціанту за пришвидшене обслуговування так званих «чайових», та одержання їх ним.

Не менш цікавою з точки зору парадоксальних висновків є й норма, яка містить склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 369² КК України «Зловживання впливом», підкуп, який ми назвали «підкупом лобіста». Враховуючи те, що конститутивні ознаки відповідного складу кримінального правопорушення існують у незмінному вигляді вже декілька років, наука кримінального права має певні напрацювання стосовно питання, яке нас цікавить у першу чергу – характеристику суб'єкта пасивного підкупу та «предмета», яким він «торгує». Так, В. М. Киричко відзначив наступне: «суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, можуть визнаватися лише такі особи, які здатні впливати на особу, уповноважену на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних із їх службовими (в широкому розумінні) повноваженнями (обумовлених такими повноваженнями). Насамперед, такими особами слід визнавати службових осіб та осіб, які надають публічні послуги. Можна зробити висновок про те, що вчинення передбачених ч. 2 ст. 369-2 КК дій особою, яка не є службовою чи іншою особою, здатною завдяки можливостям, пов'язаним зі

⁷⁸ Задоя К. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Київ: ЦППР, 2019. С. 8.

своїми службовими повноваженнями, впливати на особу, уповноважену на виконання функцій держави, не характеризується суспільною небезпечністю, властивою злочинним діям, і тому не може тягти за собою кримінальну відповідальність. Суспільна небезпечність таких дій може з'явитись лише за умови, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є спеціальним, оскільки у такому разі такими діями порушуються відносини у сфері службової (в широкому розумінні) діяльності цих осіб»⁷⁹. Видається, можна не погодитися з автором. Справа у тому, що за такого підходу зловживання впливом неможливо буде відмежувати від підкупів, передбачених ст. ст. 368, 368³ та 368⁴ КК України.

О. О. Дудоров, своєю чергою, зазначив, що «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди треба відмежовувати від передбаченого ст. 369-2 КК зловживання впливом. Річ у тім, що згаданий у ст. 369-2 КК вплив, який особа (у тому числі й службова) пропонує чи обіцяє, погоджується здійснити і за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається неправомірна вигода, може полягати у тому, що службова особа спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, які сама службова особа (суб'єкт зловживання впливом) вчинити не може. Традиційно в судовій практиці обстоювалося так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара, яке охоплювало використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос, таким чином робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. У п. 2 постанови Пленуму ВС України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснювалось, що відповідальність за одержання хабара настає і у тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона не уповноважена була вчиняти, але

⁷⁹ Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків.: Право, 2013. С. 233-235.

до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу. У межах викладеної правової позиції виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, вчинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа завдяки своєму службовому становищу (в його широкому розумінні) вжити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабарадавця (іншої особи). Поява в КК ст. 369-2, крім усього іншого, фактично означає, що законодавець з усіх форм передбаченого ст. 368 КК одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання таку форму, як одержання неправомірної вигоди за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами бажаних дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не вправі. Виходить, що у розглядуваній ситуації має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватися шляхом надання переваги спеціальній нормі»⁸⁰. На відповідних наукових підходах ґрунтується й правова позиція Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду, викладена у Постанові від 29.03.2021 року у справі № 554/5090/16-к. Суть цієї позиції стосовно суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 369-2 КК зводиться до того, що ним може бути будь-яка особа – і наділена ознаками спеціального суб'єкта, і ні: «Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369-2, може бути будь-яка особа, яка в уяві того, хто здійснює підкуп, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування». Аргументами на користь саме такого висновку, Касаційний кримінальний суд наводить: а) відсутність приписів, які б визначали ознаки суб'єкта правопорушення; б) системні зв'язки із іншими статтями КК, де законодавець визначає зміст ознак відповідних злочинів; в) правилами законодавчої техніки щодо визначення понять у тексті КК; г) співвідношенням норм,

⁸⁰ Дудоров О. О. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2016. Вип.1. С. 80-98.

передбачених ст. ст. 354, 368, 368-3, 368-4 КК з однієї сторони та ст. 369-2, з іншої, – як загальної та спеціальної; д) відсутністю текстуальної конкретизації характеру впливу у ст. 369-2 КК: «Об'єднана палата виходить із того, що поняттям впливу охоплюється в тому числі використання дружніх, родинних, особистих стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, тощо. В контексті визначення ознак передбаченого цією нормою складу злочину зміст поняття «вплив» законодавець жодним чином не обмежує лише «впливом з використанням влади або службового становища», який є лише одним із способів вчинення цього злочину. Такий вплив полягає в тому, що службова особа завдяки своєму становищу вживає заходів до вчинення дій іншими особами (непідпорядкованими їй і які не перебувають від неї в службовій залежності), де використовує службовий авторитет, свої зв'язки зі службовими особами, інші можливості, обумовлені займаною посадою»⁸¹.

Дозволимо собі не погодитись із наведеним науковими підходами та судовим тлумаченням повною мірою. Так, суб'єктом аналізованого правопорушення у пасивній його формі дійсно може бути будь-яка особа, яка має вплив на особу, що уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Однак такий вплив, видається, не може полягати у використанні можливостей спеціального статусу (у вузькому їх розумінні). Декілька аргументів: 1) якщо суб'єкт ч. 2 ст. 369-2 і фізична, і службова особа, то чи рівнозначні за суспільною небезпекою характеристика їх дії – використання можливостей спеціального статусу, фактично службового становища і, наприклад, добросусідських чи родинних відносин? Очевидно ні. Використання можливостей спеціального статусу, яке купується загальним суб'єктом, є суспільно небезпечнішим, а отже і повинно одержувати кримінально-правову оцінку за статтею КК, що передбачає більшу санкцію; 2) норми, передбачені статтями 369-2 та 354, 368, 368-3, 368-4 КК дійсно перебувають у системному зв'язку, проте характер цього зв'язку інший – вони містять суміжні склади кримінальних правопорушень саме за ознаками суб'єкта. Тобто, видається, є підстави зробити висновок, що суб'єктом

⁸¹ Постанова ОП ККС ВС від 29.03.2021 року у справі № 554/5090/16-к URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938>

посягання, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 може бути будь-яка особа, яка має вплив (можливість впливу), тільки не службова. У разі використання впливу, що обумовлений можливостями спеціального статусу, за неправомірну вигоду, наприклад, публічною службовою особою, її дії повинні кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 368 КК України.

Кримінально-правова доктрина містить окремі положення, які варто також навести, характеризуючи пасивний підкуп. Так, одержання службовою особою неправомірної вигоди від підлеглих чи підконтрольних осіб за протегування чи потурання, за вирішення на їх користь питань, які входять до її компетенції, також слід розцінювати як одержання неправомірної вигоди. Крім того, дії винних належить визнавати наданням і одержанням неправомірної вигоди й у тих випадках, коли умови отримання відповідних матеріальних цінностей або послуг хоча спеціально і не обумовлювались, але учасники кримінального правопорушення усвідомлювали, що особа надає неправомірну вигоду з метою задоволення тих чи інших власних інтересів або інтересів третіх осіб.

Загальновизнаним положенням доктрини є також те, що способи одержання неправомірної вигоди можуть бути різними і для кваліфікації цього кримінального правопорушення значення не мають. Вирізняють дві основні форми його вчинення:

1) просту (полягає в безпосередньому наданні неправомірної вигоди службовій особі, її близьким родичам чи членам сім'ї, передачі її через посередника чи третіх осіб);

2) завуальовану (факт одержання неправомірної вигоди маскується під зовні законну угоду та виглядає як цілком законна операція: укладення законної угоди, нарахування й виплата заробітної плати чи премії, оплата послуг, консультації, експертизи тощо).

5.4. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРОВОКАЦІЮ ПІДКУПУ ТА АРГУМЕНТИ «ЗА» ЧИ «ПРОТИ»

Стаття 370 КК України встановлює кримінальну відповідальність за провокацію підкупу. Відповідно до диспозиції ч. 1 ст. 370 під провокацією підкупу слід розуміти дії службової особи з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття

пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду.

Із наявністю цієї кримінально-правової заборони саме у такому вигляді кримінально-правова доктрина пов'язує низку проблем. Насамперед, це стосується взагалі доцільності заборони провокативної поведінки. Автори, які присвятили свої роботи вивченню даного складу кримінального правопорушення, поділилися на два основні табори. Одні виступають за скасування ст. 370 КК і декриміналізацію передбаченого нею діяння, вважаючи, що вказана кримінально-правова заборона лише ускладнює боротьбу із корупцією. На думку ж інших, провокація підкупу є недопустимою і суспільно-небезпечною поведінкою, а виключення ст. 370 з КК потягне за собою зростання масштабів зловживань з боку правоохоронців⁸².

Аргументи *на користь* виключення кримінальної відповідальності за провокацію підкупу зводяться до такого:

– у Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затвердженої Законом України від 14.10.2014 р., а також у проекті такого ж документу на 2020–2024 рр. говориться про необхідність запровадження перевірок на добросовісність. Такі перевірки повинні проводитись з метою забезпечення професійної непідкупності, запобігання корупції серед публічних службовців, перевірки дотримання ними своїх посадових обов'язків тощо;

– дії, які полягають у контрольованій пропозиції підкупу не посягають на жоден правоохоронюваний об'єкт: вони порушують не законні права особи, суспільства, держави, а тільки інтереси корупціонера щодо ухилення від кримінальної відповідальності. Пропозиція підкупу з метою викриття того, хто його одержує, не є схиланням до злочину, оскільки така особа насправді злочину вчинити не зможе, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує підкуп, і того, хто схильний його прийняти, аж ніяк не порушує нормальної діяльності

⁸² Підходи вчених до цієї проблеми вдало викладені у статті Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти провокації підкупу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 1. С. 76–82.

органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і сумісність посягання, адже, принаймні, одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію (В. О. Навроцький);

– положення про контрольовану пропозицію підкупу визнається прийнятним із урахуванням вчення про крайню необхідність (В. О. Навроцький);

– Україна перебуває на такому етапі свого розвитку, коли для боротьби з корупцією потрібно вживати твердих і рішучих заходів, не відкидаючи як таку можливість використання провокації та інших подібних прийомів, позаяк у боротьбі із витонченою злочинністю потрібні і хитрість, і обман;

Аргументи *проти* виключення кримінальної відповідальності за провокацію підкупу зводяться до такого:

– боротися із злочинністю злочинними методами не личить демократичній правовій державі (П. Л. Фріс);

– немає крайньої необхідності у використанні такого способу у боротьбі із корупцією, тому що існує багато інших способів, не пов'язаних із штучним викликом злочинів (В. М. Киричко);

– викриття у такий спосіб корупціонерів неминуче набере масового характеру, що матиме своїм наслідком звільнення корупціонерів з роботи чи служби. Це означає, що відбуватиметься істотне порушення нормальної роботи відповідних органів та служб, оскільки процес масової заміни звільнених корупціонерів новими особами є тривалим у часі, як і процес набуття досвіду новопризначеними особами щодо виконання своїх функцій (В. М. Киричко);

– застосування провокації-підбурювання в боротьбі з корупцією призводить до порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, тобто права особи на справедливий суд (В. М. Киричко);

– таке рішення може вкрай негативно вплинути на здійснення правоохоронної діяльності у сфері протидії корупції (М. І. Мельник);

– внаслідок таких законодавчих змін у заздалегідь сплановані «пастки» можуть потрапляти законослухняні громадяни, які виявляться психологічно не стійкими до відповідних пропозицій. Основна ж частина «досвідчених хабарників» не буде викрита у такий спосіб, оскільки вони

мають налагоджені схеми надання-одержання неправомірної вигоди, діють через перевірених посередників. До того ж виникне загроза зловживання правоохоронцями наданим їм правом провокувати осіб на вчинення злочинів, а так само ймовірність систематичних звернень наших громадян до Європейського суду з прав людини (Верховний Суд України);

– вістря боротьби з корупцією повинне спрямовуватися на запобігання, виявлення вчинюваних і вчинених злочинів, а не на створення (породження) нових, на підштовхування морально нестійких суб'єктів до порушень КК. Провокація підкупу може завдати серйозної шкоди конституційним правам і свободам людини і громадянина, використовуватися як потужний засіб неправомірного впливу на інших осіб (О. О. Дудоров).

– провокація підкупу становить собою спеціальний вид підбурювання до злочину. Саме тому діяння провокатора підкупу має відповідати ознакам діяння підбурювача до злочину (ч. 4 ст. 27 КК України). Крім того, для провокації підкупу необхідно встановити використання суб'єктом (службова особа як публічного, так і приватного права) при вчиненні діяння свого службового становища або службових повноважень (О. В. Ус)⁸³.

У практично-прикладних публікаціях, які ґрунтуються на аналізі практики ЄСПЛ та Верховного Суду нашої держави виокремлюють критерії, як дають можливість відрізнити провокацію кримінального правопорушення та контроль за вчиненням правопорушення як заходом протидії йому. До таких критеріїв включають:

1) провокацією є допомога особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, якби правоохоронні органи або особи, що діють за їх дорученням, цьому не сприяли б або не впливали б з тією ж метою на поведінку особи насильством, погрозами, шантажем;

2) якщо дії агентів, що працюють під прикриттям, спонукали людину вчинити злочин, і ніщо не передбачало, що злочин був би скоєний без цього втручання, то такі дії агентів виходять за рамки допустимих і є провокацією;

⁸³ Ус О. В. Провокація підкупу: аналіз складу злочину і питання кваліфікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2015. № 16. т. 2. С. 66.

3) кожен факт і обставина при здійсненні контролю за вчиненням злочину повинні мати відповідне документальне підтвердження, а тому такий контроль повинен бути належним чином задокументовано⁸⁴.

Зважаючи на наведене вище, у курсі пропонується виробити власну систему аргументів на користь чи всупереч наявності у кримінальному законі кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 370 КК України.

Проте, очевидно, проблема відповідальності за провокацію підкупу не вичерпується доцільністю чи недоцільністю її встановлення. Фактична відсутність у судовій практиці обвинувальних вироків за ст. 370 КК України свідчить про недосконалість нормативної регламентації прокативної діяльності. Детально ці проблеми розглянуто у роботах М. І. Хавронюка та О. О. Дудорова⁸⁵.

⁸⁴ Мельников Д., Слободян Б. Провокація злочину в практиці ВС та ЄСПЛ. URL: <https://equity.law/press-center/publications/1043.html>

⁸⁵ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. С. 328–339; Дудоров О. О. Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 202. № 2(14). С. 14–56.

ТЕМА 6. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СЛУЖБОВУ НЕДБАЛІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Завданням цієї теми є ознайомлення студентів із характерними ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ст. 367 КК України та ознаками суміжних йому складів. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є уявлення про систему кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг які виявляються у невиконанні чи неналежному виконанні своїх обов'язків та їх кримінально-правове значення.

6.1. НЕЗАСЛУЖЕНЕ «ЗАБУТТЯ» СЛУЖБОВОЇ НЕДБАЛОСТІ ЯК КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ НОРМАЛЬНОЇ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОГАЛИНИ У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 367 КК України «Службова недбалість», належить до категорії тих суспільно небезпечних посягань, уваги яким у науковій літературі та у дидактичних дже-релах приділяється, напевно, недостатньо. Швидше за все це пов'язано із тим, що теоретикам та викладачам здається, що особливих проблем із застосуванням цієї кримінально-правової заборони на практиці немає. Однак, це не зовсім так. За влучним висловом одного з провідних львівських адвокатів «У кожній службовій особи у шухляді столу лежить кримінальна справа щодо службової недбалості». Скромна адвокатська практика автора цього посібника засвідчує, вибачте за тавтологію, недбале ставлення до службової недбалості як зі сторони органів досудового розслідування, так і зі сторони суду. У професійному середовищі, «Службова недбалість» стає своєрідним компромісом між державним обвинуваченням та захистом у кримінальних провадженнях щодо службових осіб і, враховуючи те, що навіть кваліфікований склад цього посягання є злочином середньої тяжкості, – реальне

покарання за нього призначається вкрай рідко, а це, своєю чергою, тягне за собою відсутність уваги до проблем, пов'язаних із цим кримінальним правопорушенням.

Події останніх років ставлять перед наукою кримінального права завдання нового осмислення нормативної регламентації відповідальності за службову недбалість у широкому сенсі. Так, нещодавній вирок суду першої інстанції щодо генерала В. Назарова, який був обвинувачений у кримінальному правопорушенні, передбаченому ч. 3 ст. 425 «Недбале ставлення до військової служби» та засуджений до семи років позбавлення волі за події із збитим бойовиками військовим літаком ІЛ-76 у червні 2014 року, викликав серію публіцистичних статей, які ставлять під сумнів належне кримінально-правове обґрунтування цієї події⁸⁶. До речі, цей вирок був скасований Касаційним кримінальним судом у складі Верховного суду 21 травня 2021 року, а провадження закрито за відсутністю в діяннях В. Назарова складу кримінального правопорушення.

У спеціальній кримінально-правовій літературі службова недбалість розглядається як соціально-правове та психологічне явище, яке створює специфічний вид злочинності у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, вчинюваних службовими особами, які наділені владними, організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями або виконують такі обов'язки за спеціальними повноваженнями, у зв'язку із невиконанням або неналежним виконанням своїх службових обов'язків через несумлінне або байдуже ставлення до них, що спричинило істотну шкоду або тяжкі наслідки охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб⁸⁷. Аналізуючи так би мовити стан дослідження проблеми, відзначимо, що публікацій, присвячених проблемі кримінально-правовій регламентації відповідальності за

⁸⁶ Загороднюк А. Справа генерала Назарова – сигнал, який не можна ігнорувати. Українська правда. 13.01.2021 р. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2021/01/13/7279826/>

⁸⁷ Дунаєва Т.Є. Кримінально-правове регулювання службової недбалості в Україні. Вісник Асоціації кримінального права, 2018, № 2(11), С. 250–251.

службову недбалість та її спеціальні та специфічні форми – вкрай мало, хоча останніми роками захищено як мінімум три кандидатські дисертації, присвячені цій проблемі⁸⁸.

На перший погляд, зміст об'єктивних та суб'єктивних ознак службової недбалості цілком зрозумілий та не викликає якихось особливих застережень. Проте це не зовсім так. Як свідчить статистика, службова недбалість як кримінально-протиправна та суспільно-небезпечна поведінка – явище достатньо поширене.

Так, за кількістю кримінальних проваджень, зареєстрованих щодо кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, посягання, передбачене ст. 367 КК України перебуває на 4-му місці: протягом 2001–2019 рр. зареєстровано 31533 таких кримінальних правопорушень.

При цьому, слід також мати на увазі, що це кримінальне правопорушення наділене досить високим ступенем латентності. Це обумовлене як об'єктивними факторами: відсутність конкретного потерпілого, вплив корпоративної етики тощо; так і суб'єктивними: низький рівень підготовки працівників контролюючих та правоохоронних органів, які повинні викривати факти кримінально-караної недбалості; їх корумпованість; поведінка винних осіб, спрямована на приховання суспільно-небезпечних наслідків тощо. На високий рівень латентності службової недбалості та причини, які це обумовлюють вказується і у спеціальній літературі⁸⁹.

Не додало розуміння істотної шкоди та тяжких наслідків у виключно матеріальній формі.

⁸⁸ Худякова Н. Ю. Кримінально-права характеристика службової недбалості. Дис... к. ю. н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2013. 255 с.; Рак С. В. Кримінальна відповідальність за службову недбалість. Автореферат дис... к. ю. н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Харків: Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені Академіка В. В. Сташиса, 2019. 20 с.; Ступа В. Ф. Службова недбалість: кримінально-правова та криминологічна характеристика. Автореферат дис... к. ю. н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2020. 20 с.

⁸⁹ Ступа В. Ф. Специфічні риси службової недбалості як злочинного явища. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Випуск 2 (27) С. 152–156.

6.2. ПРОБЛЕМИ ОБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СЛУЖБОВОЇ НЕДБАЛОСТІ

Розгляд об'єктивних ознак службової діяльності розпочнемо із об'єкта кримінального правопорушення. У теорії кримінального права цей об'єкт визначають як комплекс взаємопов'язаних суспільних відносин, які забезпечують виконання службовою особою своїх обов'язків відповідно до приписів нормативно-правових актів, до основних завдань службової діяльності та професійної діяльності⁹⁰. Це, на перший погляд, суто теоретичне питання, має вихід на практично-прикладні проблеми, якщо його розглянути трішечки під іншим кутом зору. Так, безпосереднім об'єктом службової недбалості, на нашу думку, є та складова нормальної службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, яка пов'язана із належним і сумлінним виконанням спеціальним суб'єктом того обсягу влади, компетенції та повноважень, які визначаються власне його спеціальним статусом. Той суб'єкт, який делегує, доручає, довіряє спеціальному суб'єктові певні додаткові функції, можливості, які пов'язані із їх реалізацією (суспільство, держава, юридична особа тощо), оплачує реалізацію цих функцій, зацікавлені у тому, щоб спеціальний суб'єкт «працював добре», виконував доручене якісно, вчасно, сумлінно. Лише за таких умов нормальна службова діяльність та професійна діяльність, пов'язана із наданням публічних послуг, здатна буде виконати функцію універсального правового блага – забезпечити рівноправний розвиток всім членам суспільства.

У цьому контексті актуальною видається прогалина, яка виявляється, якщо застосувати математичні методи у дослідженні кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Йдеться про те, що, якщо ми стверджуємо, що правова природа службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, якщо не тотожна, то, принаймні, максимально споріднена, незрозумілою залишається незабезпеченість відповідною кримінально-правовою

⁹⁰ Рак С. В. Щодо визначення об'єкта злочину, передбаченого ст. 367 Кримінального кодексу України. *Форум права*. 2017. № 4 С. 224 (С. 219–226) URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_4_36.pdf

забороною належного та сумлінного виконання своїх функцій особами, які надають публічні послуги. Схематично, застосований нами математичний метод (проста математична матриця), можна зобразити так:

Спеціальний суб'єкт	Зловживання можливостями спеціального статусу	Перевищення можливостей спеціального статусу (зараз у межах зловживання)	Підкуп	Недбалість
Публічна служба особа	+	+	+	+
Приватна служба особа	+	+	+	+
Особа, яка надає публічні послуги	+	+	+	-

Таким чином, є підстави стверджувати, що для того, щоб забезпечити збалансовану кримінально-правову охорону нормальної службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, необхідно криміналізувати недбалість осіб, які надають публічні послуги, створивши відповідний матеріальний склад: невиконання або неналежне виконання особами, які надають публічні послуги, своїх обов'язків через несумлінне ставлення до них, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб. Пропозиції із формулювання відповідної кримінально-правової норми містяться у дисертаціях С. В. Рак та М.-М.С. Яциніної⁹¹.

⁹¹ Рак С.В. Кримінальна відповідальність за службову недбалість. Автореферат дис... к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Харків: Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені Академіка В.В. Сташиса, 2019. 20 с.; Яциніна М.-М.С. Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України (ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України). Дисертація на здобуття наукового ступеня к.ю.н. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2021. 246 с.

Чинне ж кримінальне законодавство передбачає відповідальність лише за службову недбалість: загальний її вид, передбачений у ст. 367 КК України та спеціальні чи специфічні форми, передбачені у статтях інших розділів Особливої частини КК України.

Службова недбалість за конструкцією об'єктивної сторони – кримінальне правопорушення з матеріальним складом, а отже, обов'язковими ознаками об'єктивної сторони цього складу є суспільно небезпечне діяння, суспільно-небезпечні наслідки та причинний зв'язок між ними.

Розпочнемо аналіз із діяння. Кримінальний закон визначає його у диспозиції ч. 1 ст. 367 КК України можливим до вчинення через дві альтернативні форми: 1) невиконання службових обов'язків чи 2) неналежне виконання службових обов'язків: пасивної та активної форми.

Першою проблемою, яка виникає у зв'язку із таким формулюванням форм вчинення цього кримінального правопорушення, є те, чи це посягання вчиняється виключно через бездіяльність, чи із активною формою поведінки також. Кримінально правова доктрина не дає чіткої відповіді на це запитання. Дослідження, проведені окремими вченими також засвідчують певний різнобій у підходах. Так, за даними С. В. Рак у 68% справ при вчинення службової недбалості має місце бездіяльність. А у решті випадків – активні дії. Безперечно, 32% – це значний показник⁹². З цього можна зробити висновок про те, що авторка намагається обґрунтувати позицію, відповідно до якої службова недбалість може вчинятися як бездіяльністю, так і дією. Проте, це не зовсім так.

Невиконання службових обов'язків означає невиконання службовою особою дій, передбачених як безумовних для виконання нею по службі. Цей вид недбалості називають «чистою» бездіяльністю, за якої службова особа повністю не виконує свої обов'язки.

Неналежне виконання службових обов'язків – це такі дії службової особи в межах службових обов'язків, які виконані не так, як того вимагають інтереси служби. Такий вид службової діяльності називають «змішаною» бездіяльністю, за якої службова особа виконує свої обов'язки

⁹² Рак С.В. Форма та зміст суспільно небезпечного діяння при вчиненні службової недбалості. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2017. № 29. Том 2. С. 93.

неналежне, діє не до кінця, не вчиняє всіх очікуваних від неї дій. Підхід до неналежного виконання службових обов'язків як до «змішаної» бездіяльності не одноставно сприймається кримінально-правовою наукою. Цілком аргументовано зазначається, що «...злочину, передбаченому ст. 367 КК не притаманна така форма діяння, як «змішана бездіяльність», оскільки у будь-якому разі ми маємо справу зі ступенем виконання обов'язків. Особа просто не виконує частину обов'язків, тобто говоримо про бездіяльність»⁹³. Й справді, у винуватця, яка вчинила аналізоване правопорушення буде ставитись не те, що вона вчинила, а те – чого не вчинила, або те – як вона повинна була і могла вчинити – бездіяльність.

Таким чином, не зважаючи на те, як сформульована диспозиція ч. 1 ст. 367 КК України: «...невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що завдало істотної шкоди...», діяння у складі цього кримінального правопорушення характеризується єдиною формою – бездіяльністю.

Відповідальність за ст. 367 КК України настає лише у випадку, якщо дії, невиконання чи неналежне виконання яких спричинило зазначені у статті наслідки, входили у коло службових обов'язків цієї службової особи, іншими словами, якщо обов'язок діяти відповідним чином юридично був включений (законом, указом, постановою, наказом, інструкцією тощо) до кола повноважень такої особи. При аналізі судової практики вчені прослідкували, що кожне судове рішення у справі про службову недбалість містить перелік нормативно-правових актів, положень, інструкцій, які визначають перелік службових обов'язків особи. Таким чином, встановлюється факт обов'язку особи діяти відповідним чином⁹⁴. Крім того, для кваліфікації діяння за ст. 367 КК України слід встановити, що воно вчинене службовою особою під час виконання функцій саме службової особи: виділених у цій роботі функцій представника влади, представника місцевого самоврядування,

⁹³ Рак С. В. Форма та зміст суспільно небезпечного діяння при вчиненні службової недбалості. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2017. № 29. Том 2. С. 95.

⁹⁴ Там само. С. 94.

організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій. Діяння, яке полягало у невиконанні чи неналежному виконанні технічних або професійних функцій, навіть якщо воно призвело до істотної шкоди, не може розцінюватися як службова недбалість (наприклад, застосування лікарем неправильного лікування, невдала операція тощо). Іншими словами, якщо головний бухгалтер підприємства не виключив обігрівач, внаслідок чого сталася пожежа і заподіяна відповідна істотна шкода, притягати його до кримінальної відповідальності за службову недбалість підстав не буде.

Поряд із цим досить часто, правозастосовний орган не конкретизує, які конкретно дії, обов'язки, передбачені тим чи іншим нормативним чи локальним актом не виконала службова особа і невиконання чого конкретно ставиться їй у винуватця. Таку ситуацію не можна оцінити схвально чи ставитись до неї байдуже, адже будь-яка неконкретність у підозрі чи обвинуваченні так чи інакше порушує право особи знати, у чому її підозрюють або обвинувачують і таким чином, в кінцевому рахунку – права на захист та справедливий суд. Тому, обсяг компетенції, невиконання чи неналежне виконання якої становить собою діяння у складі службової недбалості, має визначатися максимально конкретно і ґрунтуватися на формально визначеному спеціальному статусі спеціального суб'єкта – у даному разі – службової особи.

Для наявності складу службової недбалості слід встановити, що службова особа мала реальну можливість виконати належним чином свої обов'язки⁹⁵. Визначення можливості (чи неможливості) виконання нею своїх обов'язків здійснюється за допомогою відповідних об'єктивних та суб'єктивних факторів. До об'єктивних факторів належать зовнішні умови, в які поставлена службова особа (забезпечення охорони матеріальних цінностей, наявність транспорту чи людських

⁹⁵ З цього приводу Верховний Суд висловив правову позицію такого змісту: Службова недбалість (ст. 367 КК) може мати місце лише за умови, що службова особа мала об'єктивну можливість виконати дії, які входять до кола її службових повноважень, з урахуванням положень регулятивного законодавства України, чинного на момент вчинення протиправних дій, та зобов'язана була їх вчинити. Детальніше див.: Постанова ККС ВС від 06.05.2020 у справі № 133/2138/15 (провадження № 51-4354км19) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89180529>

ресурсів), а до суб'єктивних – особливості цієї особи (її фізичні дані, ступінь інтелектуального розвитку, наявність спеціальних знань, досвіду роботи тощо).

Ми всі чудово розуміємо, що у реальності жодна службова особа не виконує свої обов'язки абсолютно. Проте ступінь, інтенсивність невиконання обов'язкової поведінки є різною і, очевидно, здатна спричинити різні наслідки. Криміноутворюючою ознакою складу кримінального правопорушення «Службова недбалість», як і загального складу «Зловживання можливостями спеціального статусу», є істотна шкода, зміст якої розкритий у другій темі цього курсу.

У цій частині роботи, враховуючи випадки, які досить часто зустрічаються на практиці, варто зупинитись на правовій оцінці упущеної вигоди, як можливого прояву істотної шкоди – суспільно-небезпечного наслідку, передбаченого, зокрема і у ст. 367 КК України.

Відомим є положення постанови Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26.12.2003 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» про те, що «при вирішенні питання про те, чи є заподіяна шкода істотною, потрібно також враховувати кількість потерпілих громадян, розмір моральної шкоди чи упущеної вигоди тощо». Крім того, упущена вигода допускається як суспільно небезпечний наслідок у роботах, присвячених загальним проблемам кримінального права⁹⁶. Не вдаючись у детальну дискусію з приводу можливих сфер урахування у кримінальному праві упущеної вигоди як потенційного суспільно небезпечного наслідку, вважаємо необхідним підтримати тих вчених, які вказують на неприпустимість урахування упущеної вигоди у зміст поняття істотна шкода, зокрема, у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг⁹⁷. Основним аргументом на користь того, що упущена вигода не повинна входити у розуміння істотної шкоди у складі кримінального правопорушення, передбаченого

⁹⁶ Гритенко О. А., Ульянова Т. О. Класифікація суспільно небезпечних наслідків: деякі теоретичні та законодавчі аспекти. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2016. № 2. С. 73.

⁹⁷ Максимович Р. Л. Суспільно небезпечні наслідки як ознака об'єктивної сторони складу злочину за чинним кримінальним кодексом України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2010. № 1. С. 101–106.

ст. 367 КК України, як криміноутворюючої ознаки, є те що у противному разі ми будемо обґрунтовувати наявність складу, посилаючись на припущення, що є прямим порушенням конституційної заборони, викладеної у ст. 62 Конституції України: «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь». В одному з кримінальних проваджень, в якому автору посібника довелося виступати захисником, особі інкримінували службову недбалість, наслідком у складі якої обвинувачення вважало ненадходження до бюджету територіальної громади плати за оренду комунального мана на відповідну суму у зв'язку із пролонгацією раніше укладеного договору. Але ні нових контрагентів, ні нового договору оренди в органу місцевого самоврядування не було. То ж виникає питання, а як би попередній договір не був автоматично пролонгований, а знайти нового орендаря та укласти договір на нових умовах не вдалося б? Типовий приклад, коли обвинувачення ґрунтується на припущенні. Такого допускати не можна.

Щодо змісту суспільно небезпечних наслідків у складі службової недбалості, варто мати на увазі, що 02.06.2021 року Верховна Рада України у першому читанні прийняла законопроект «Про внесення змін до ст. 367 Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за службову недбалість, якщо вона спричинила загибель людини». У цьому поки що проекті у ст. 367 КК України виокремлюється ч. 3, яка і буде передбачати відповідальність за спричинення загибелі людини у результаті службової недбалості. За умови залишення майнового змісту таких наслідків, які «істотна шкода» та «тяжкі наслідки», зміст яких визначено у примітці до ст. 364 КК, пропозиція в принципі видається слушною. Однак, реалізація цього задуму разом із законопроектом «Про внесення зміни до статті 364 Кримінального кодексу України щодо уточнення ознак окремих злочинів у сфері службової діяльності», який повертає оціночний характер «істотній шкоді» та «тяжким наслідкам» спричинить проблему, яка виникне при використанні системного тлумачення. Можна буде знайти підстави стверджувати, що, наприклад, у статтях 364 та 365 поняттям «тяжкі наслідки» необережне позбавлення життя не охоплюється і потребуватиме додаткової кваліфікації за сукупністю із ст. 119 КК, що видається дещо надмірним. Тому варто

узгодити між собою законопроекти, що плануються до розгляду у другому читанні.

Стосовно причинового зв'язку у складі службової недбалості, ілюстрацією абсолютного нерозуміння його ролі та значення, є підхід, який можна процитувати таким твердженням: «Бездіяльність службової особи може бути визнана злочином тоді, коли без вказаного діяння не настали б суспільно небезпечні наслідки»⁹⁸. На перший погляд все вірно, однак автор не враховує специфіку причинового зв'язку у кримінальних правопорушеннях, діяння в об'єктивній стороні складу яких становить бездіяльність. Бездіяльність же сама по собі нічого спричинити не може. Суть пасивної кримінально-протиправної поведінки полягає у тому, що спеціальний суб'єкт, у нашому випадку – службова особа, – не припиняє розвиток причинового зв'язку, який розпочинає інша дія чи подія, що власне й призводить до настання суспільно-небезпечних наслідків⁹⁹.

Таким чином, для правильної кваліфікації кримінального правопорушення за ст. 367 КК України під час дослідження об'єктивної сторони необхідно встановити: 1) нормативний акт, яким визначається компетенція службової особи та коло її службових обов'язків; 2) які конкретні обов'язки особа повинна була виконати та чи мала вона реальну можливість належним чином виконати ці обов'язки; 3) які були допущені особою порушення службових обов'язків, що конкретно не було виконано; 4) які наслідки спричинили ці порушення і чи знаходяться вони в причиновому зв'язку з поведінкою службової особи¹⁰⁰.

⁹⁸ Ступа В. Ф. Поняття «об'єктивна сторона» злочину службової недбалості (ст. 367 КК Кримінального кодексу України). *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. Спецвипуск. Ч. 2, 2017. С. 199.

⁹⁹ Судову практику з цього питання детальніше див.: Постанова ККС ВС від 23.06.2020 у справі № 159/3738/16-к (провадження № 51-9229км18) URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90111755>

¹⁰⁰ Ступа В. Ф. Поняття «об'єктивна сторона» злочину службової недбалості (ст. 367 КК Кримінального кодексу України). *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. Спецвипуск. Ч. 2, 2017. С. 197–200.

6.3. ПРОБЛЕМИ СУБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК СЛУЖБОВОЇ НЕДБАЛОСТІ

Суб'єктивна сторона службової недбалості виражена словами «через несумлінне ставлення до них...». При службовій недбалості за наявності об'єктивної можливості діяти так, як того вимагають інтереси служби, службова особа безвідповідально, неякісно ставиться до виконання своїх обов'язків, у зв'язку із чим виконує їх неналежно (поверхнево, неухважно, несумлінно) або взагалі не виконує.

Таким чином, службова недбалість – це єдиний злочину у сфері службової діяльності, який вчиняється тільки через необережність. Загальноновизнаним у кримінально-правовій доктрині є розуміння того, що з суб'єктивної сторони аналізований склад кримінального правопорушення характеризується кримінальною протиправною самовпевненістю (службова особа передбачає, що внаслідок невиконання чи неналежного виконання службових обов'язків правам і законним інтересам може бути завдано істотної шкоди, але легковажно розраховує на її відвернення) або кримінальною протиправною недбалістю (службова особа не передбачає, що в результаті її поведінки може бути завдано істотної шкоди, хоча повинна і могла це передбачити).

У зв'язку із цим, окрім загальних проблем, які постійно супроводжують доказування необережних кримінальних правопорушень, виникають специфічні питання, пов'язані саме зі спеціальним статусом. Так, в одному з коментарів до КК України, який є у загальному доступі в мережі Інтернет, можна зустріти твердження про те, що шкода, заподіяна через недосвідченість, недостатню кваліфікацію службової особи або з інших обставин, що не залежали від неї і не давали можливості справитись належним чином з роботою, не дають підстав говорити про наявність службової недбалості¹⁰¹. Це по суті відтворене положення з одного з найбільш популярних науково-практичних коментарів до КК¹⁰². Чи можна погодитись із таким твердженням з огляду

¹⁰¹ Коментар до Кримінального кодексу України. URL: <http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/364.php>;

¹⁰² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника та М. І. Хавронюка. 9-те видання, перероблене і доповнене. Київ: Юридична думка, 2012. С. 1073.

на суб'єктивну сторону цього складу правопорушення. Думається, що не у всіх випадках.

У даному разі може йтися про кримінальну протиправну недбалість – вид необережності пов'язаний із тим, що суб'єкт не передбачає настання суспільно небезпечних наслідків, хоча повинен і міг їх передбачити. Як встановити, що службова особа повинна і могла передбачити відповідні наслідки. Логіка при цьому, видається має бути така. В одному з підручників з кримінального права щодо недбалості, як виду необережності, викладено наступні положення: у теорії кримінального права недбалість традиційно характеризується за допомогою двох критеріїв – об'єктивного та суб'єктивного..., лише їх сукупність утворює вину у виді недбалості. Об'єктивний критерій – обов'язок особи передбачити можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї поведінки при дотриманні цього разі заходів обережності¹⁰³. Для службової особи цей критерій буде дотримано у разі, якщо обов'язок діяти певним чином передбачено її спеціальним статусом, з яким вона обізнана. Суб'єктивний критерій – міра обачності, притаманна конкретній особі з її освітою, вихованням, досвідом, здоров'ям або фізіологічним станом на момент вчинення кримінального правопорушення, тобто здатність особи в конкретній ситуації і з урахуванням її індивідуальних рис передбачити можливість настання суспільно небезпечних наслідків¹⁰⁴ повинна розглядатись через призму спеціального статусу. Тобто, особа, яка є службовою, призначена на відповідну посаду із урахуванням відповідних вимог – до кола яких входить і освіта, і досвід і т.д. Іншими словами, службова особа, наділена певним статусом, не може посылатись на відсутність досвіду та навичок виконання певних функцій, оскільки погоджуючись на їх виконання при призначенні на певну посаду, фактично стверджувала про свої професійні компетентності.

У цьому контексті на згадку заслуговує проблема так званого «кримінально-правового невігластва», яке позначає професійну недосвідченість особи, яку суспільство не може вибачити, і яке інколи

¹⁰³ Дудоров О. О. Хавронюк М. І. Кримінальне право. Навчальний посібник. Київ, 2014. С. 201–202.

¹⁰⁴ Там само. С. 202.

характеризується формулами «або повинен був, або міг» і «повинен був, отже був здатен», в юридичній літературі розробляється з погляду можливого вдосконалення необережності як форми вини¹⁰⁵.

6.4. СПЕЦІАЛЬНІ ТА СПЕЦИФІЧНІ ВИДИ СЛУЖБОВОЇ НЕДБАЛОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Аналізуючи склад службової недбалості, ми повинні мати на увазі, що КК України у інших розділах своєї Особливої частини містить склади кримінальних правопорушень, які відображені у спеціальних або специфічних нормах. Йдеться про посягання, що вчиняються спеціальним суб'єктом – службовою особою через необережність і за своєю суттю полягає у невиконанні або неналежному виконанні повноважень, що включені до компетенції такої особи. Нагадаємо також, що кримінальні правопорушення, які вчиняються шляхом бездіяльності, та ще й через необережність, за своєю природою повинні мати матеріальний склад. Саме тому, розрізняючи спеціальні та специфічні види службової недбалості у кримінальному праві України, «лінію розмежування» варто проводити через площини, в яких лежать суспільно небезпечні наслідки таких кримінальних правопорушень. Якщо необережне посягання спеціального суб'єкта спричиняє суспільно небезпечні наслідки майнового характеру – норма спеціальна, якщо іншого (наприклад, для життя чи здоров'я – специфічна), або взагалі є деліктом створення небезпеки – специфічна.

Крім того, в окремих статтях Особливої частини КК України містяться норми про склади кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом, яким виступає особа за ознаками своєї професійної належності. Серед таких суб'єктів також можуть бути й службові особи, що ставить питання про доцільність виокремлення в таких випадках так званої часткової конкуренції і визнання їх, у разі вчинення відповідних кримінальних правопорушень службовою особою, спеціальними

¹⁰⁵ Дудоров О. О. Хавронюк М. І. Кримінальне право. Навчальний посібник. Київ, 2014. С. 203.; Злочинне невігластво: основні тези лекції професора Вячеслава Навроцького. URL: <https://loyer.com.ua/uk/29533-2/>

нормами із використанням правил подолання конкуренції загальної та спеціальної норми. Крім того, серед таких кримінально-правових норм містяться норми про посягання, які можуть вчинятися особами, які надають публічні послуги. Тут спостерігається оригінальна ситуація, коли КК України містить за своєю природою спеціальні норми за відсутності норми загальної

Спробуємо виявити та охарактеризувати такі спеціальні та специфічні види службової недбалості.

Всі виявлені нами випадки прояву службової недбалості у інших, ніж XVII, розділах особливої частини КК України за особливостями конструкції власне складу кримінального правопорушення варто розділити на три групи.

Перша група – «військове відгалуження» службової недбалості зі своєї загальною нормою, передбаченою у ст. 425 КК України «Недбале ставлення до військової служби» і «асоціацією» частково спеціальних та специфічних норм:

Стаття 425. Недбале ставлення до військової служби Недбале ставлення військової службової особи до служби, якщо це заподіяло істотну шкоду

Стаття 413. Втрата військового майна Втрата або зіпсування ввірених для службового користування зброї, бойових припасів, засобів пересування, предметів технічного постачання або іншого військового майна внаслідок порушення правил їх зберігання

Стаття 414. Порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення Порушення правил поводження зі зброєю, а також із боєприпасами, вибуховими, іншими речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення, а так само з радіоактивними матеріалами, якщо це заподіяло потерпілому тілесні ушкодження або створило небезпеку для довкілля

Стаття 416. Порушення правил польотів або підготовки до них Порушення правил польотів або підготовки до них, а також порушення правил експлуатації літальних апаратів, що

спричинило катастрофу або інші тяжкі наслідки

Стаття 417. Порушення правил кораблеводіння Порушення правил кораблеводіння, що спричинило загибель людей, загибель корабля або інші тяжкі наслідки

Стаття 418. Порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання Порушення статутних правил вартової (вахтової) служби чи патрулювання, що спричинило тяжкі наслідки, для запобігання яким призначено дану варту (вахту) чи патрулювання

Стаття 419. Порушення правил несення прикордонної служби Порушення правил несення прикордонної служби особою, яка входить до складу наряду з охорони державного кордону України, якщо це спричинило тяжкі наслідки

Стаття 420. Порушення правил несення бойового чергування Порушення правил несення бойового чергування (бойової служби), встановлених для своєчасного виявлення і відбиття раптового нападу на Україну або для захисту та безпеки України, якщо це спричинило тяжкі наслідки

Стаття 421. Порушення статутних правил внутрішньої служби Порушення особою, яка входить у добовий наряд частини (крім варті і вахти), статутних правил внутрішньої служби, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, запобігання яким входило в обов'язки даної особи

Як бачимо, основою цих посягань є порушення військовою службовою особою відповідних правил, додержання яких входить у коло обов'язків цього спеціального суб'єкта. З приводу власне суб'єктного складу наведених правопорушень, то окрім ст. 425 КК України, жоден із наведених складів не містить вказівки на обов'язковість вчинення певної поведінки саме військовою службовою особою. Проте, враховуючи визначення цього спеціально конкретного суб'єкта, запропоноване у примітці до ст. 425 КК: *«під військовими службовими особами розуміються військові начальники, а також інші військовослужбовці, які*

обіймають постійно чи тимчасово посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним дорученням повноваженого командування», вчинення зазначених посягань такими особами не виключається. Тому у разі вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 413, 414, 416, 417–421 КК України особами, які підпадають під визначення примітки 1 до ст. 425 КК України, їх дії кваліфікуватимуться за цими спеціальним та специфічними нормами, а не за загальною нормою, передбаченою ст. 425 КК України. У разі, коли шкода від недбалої поведінки військової службової особи полягає у заподіянні, наприклад, тілесних ушкоджень, то відносно ст. 367 КК України норма, за якою особа притягатиметься до кримінальної відповідальності (наприклад, передбачена у ст. 414 КК України) буде специфічною, а відносно ст. 425 КК України – частково спеціальною. Цей парадокс співвідношення норм обумовлений специфічною редакцією визначення істотної шкоди для військових службових злочинів, яка зберегла частково оціночний характер цього поняття завдяки формулюванню «... кщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків...» (примітка 2 до ст. 425 КК України).

Друга група кримінальних правопорушень, посягання, які становлять собою так звані делікти створення небезпеки, – специфічні конструкції із використанням ознак загрози настання реальних наслідків. За загальним правилом, реальне настання наслідків становить собою у таких випадках кваліфікований склад відповідних правопорушень. До таких посягань можна віднести:

Стаття 240. Порушення правил охорони або використання надр Порушення встановлених правил охорони надр, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля

Стаття 242. Порушення правил охорони вод Порушення правил охорони вод (водних об'єктів), якщо це спричинило забруднення поверхневих чи підземних вод і водоносних горизонтів, джерел питних, лікувальних вод або зміну їхніх природних властивостей, або виснаження водних джерел і створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи для довкілля

Стаття 243. Забруднення моря Забруднення моря в межах внутрішніх морських чи територіальних вод України або в межах вод виключної (морської) економічної зони України матеріалами чи речовинами, шкідливими для життя чи здоров'я людей, або відходами внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя чи здоров'я людей або живих ресурсів моря чи могло перешкодити законним видам використання моря, а також незаконне скидання чи поховання в межах внутрішніх морських чи територіальних вод України або у відкритому морі зазначених матеріалів, речовин і відходів

Стаття 244. Порушення законодавства про континентальний шельф України Порушення законодавства про континентальний шельф України, що заподіяло істотну шкоду, а також невжиття особою, що відповідає за експлуатацію технологічних установок або інших джерел безпеки в зоні безпеки, заходів для захисту живих організмів моря від дії шкідливих відходів або небезпечних випромінювань та енергії, якщо це створило небезпеку їх загибелі або загрожувало життю чи здоров'ю людей

Стаття 253. Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля Розробка і здача проектів, іншої аналогічної документації замовнику службовою чи спеціально уповноваженою особою без обов'язкових інженерних систем захисту довкілля або введення (прийом) в експлуатацію споруд без такого захисту, якщо вони створили небезпеку тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення або інших тяжких наслідків

Стаття 267. Порушення правил поводження Порушення правил зберігання, використання, обліку, перевезення вибухових речовин

з вибуховими, легкозаймистими та їдкими речовинами або радіоактивними матеріалами

чи радіоактивних матеріалів або інших правил поведінки з ними, а також незаконне пересилання цих речовин чи матеріалів поштою або вантажем, якщо це порушення створило небезпеку загибелі людей або настання інших тяжких наслідків

Стаття 272. Порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою

Порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою на виробництві або будь-якому підприємстві особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо це порушення створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 273. Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах

Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 274. Порушення правил ядерної або радіаційної безпеки

Порушення на виробництві правил ядерної або радіаційної безпеки особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 275. Порушення правил, що стосуються безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд

Порушення під час розроблення, конструювання, виготовлення чи зберігання промислової продукції правил, що стосуються безпечного її використання, а також порушення під час проектування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, особою, яка зобов'язана дотримувати таких правил, якщо це створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 276. Порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту

Порушення працівником залізничного, водного або повітряного транспорту правил безпеки руху або експлуатації транспорту, а також недоброякісний ремонт транспортних засобів, колій, засобів сигналізації та зв'язку, якщо це створило небезпеку для життя людей або настання інших тяжких наслідків

Стаття 282. Порушення правил використання повітряного простору

Порушення правил пуску ракет, проведення всіх видів стрільби, вибухових робіт або вчинення інших дій у повітряному просторі, якщо це створило загрозу безпеці повітряних польотів

Аналіз складів цих кримінальних правопорушень дає можливість відзначити такі положення: діяння у всіх цих складах полягає у порушенні певних правил і може бути вчинене шляхом бездіяльності – невиконанням чи неналежним виконанням відповідних правил, що характерно для службової недбалості; суб'єкт цих кримінальних правопорушень або не визначений у відповідних статтях, або визначений як «...особа, яка зобов'язана їх дотримуватись», або як «працівник...», при цьому кожна з цих осіб може бути службовою особою у розумінні ст. 18 КК України. І тут видається справедливим висновок про те, що у разі невиконання або неналежного виконання відповідних правил службовою особою, у коло службових обов'язків якої входить дотримання таких правил, поведінка такої особи повинна одержати кримінально-правову

оцінку за наведеними у цій групі статтями, що містять специфічні види службової недбалості. Специфічний характер наведених норм обумовлений власне специфікою конструкції делікту створення небезпеки. Іншими словами, законодавець вважає порушення певних правил відповідними особами настільки суспільно небезпечними, що не вимагає настання реальних наслідків, а конструює такі своєрідні «матеріально-усічені» склади.

Ще далі у цьому смислі законодавець пішов, конструюючи формальні склади правопорушень, які полягають у порушенні певних правил. До таких можна віднести:

Стаття 320. Порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів 1. Порушення встановлених правил посіву або вирощування снотворного маку чи конопель, а також порушення правил виробництва, виготовлення, зберігання, обліку, відпуску, розподілу, торгівлі, перевезення, пересилання чи використання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, призначених для виробництва чи виготовлення цих засобів чи речовин

Стаття 321. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів 2. Порушення встановлених правил виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, відпуску, обліку, перевезення, пересилання отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів

Тут ми взагалі маємо справу із посяганнями, склади яких мають формальну конструкцію і вчинення яких, у тому числі й службовою особою, через необережність не виключається. Надаючи оцінку такому законодавчому рішенню, відзначимо очевидний надмір криміналізації. Для наведених кримінальних правопорушень актуальним є весь спектр проблем, які виникають щодо визначення форм та видів вини. Логіка конструювання кримінально-правових заборон повинна вказувати на

умисний характер відповідної поведінки, однак хіба можна виключити несумлінне ставлення до додержання відповідних правил і їх невиконання чи неналежне виконання у зв'язку із цим? Думається ні. Таким чином, ми одержуємо формальні склади кримінальних правопорушень, які містяться у специфічних відносно загальної норми про службову недбалість, кримінально-правових нормах.

Наступною групою специфічних норм про службову недбалість є норми, які містять в цілому матеріальні склади кримінальних правопорушень, наслідки яких перебувають у площині заподіяння, насамперед, немайнової шкоди. У разі повернення до оціночного розуміння «істотної шкоди» у примітці до ст. 364 КК України, ця категорія норм перейде у розряд частково спеціальних за ознакою суб'єкта посягання. До таких норм можна віднести:

Стаття 137. Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей Невиконання або неналежне виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх внаслідок недбалого або несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило істотну шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 140. Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником Невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого

Стаття 236. Порушення правил екологічної безпеки Порушення порядку здійснення оцінки впливу на довкілля, правил екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів, якщо це спричинило загибель людей, екологічне забруднення значних територій або інші тяжкі наслідки

Стаття 237. Невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення Ухилення від проведення або неналежне проведення на території, що зазнала забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням, дезактиваційних чи інших відновлювальних заходів щодо ліквідації або усунення наслідків екологічного забруднення особою, на яку покладено такий обов'язок, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки

Стаття 251. Порушення ветеринарних правил Порушення ветеринарних правил, яке спричинило поширення епізоотії або інші тяжкі наслідки

Стаття 264. Недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів Недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки

Стаття 271. Порушення вимог законодавства про охорону праці Порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів про охорону праці службовою особою підприємства, установи, організації або громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності, якщо це порушення заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 287. Випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або інше порушення їх експлуатації Випуск в експлуатацію завідомо технічно несправних транспортних засобів, допуск до керування транспортним засобом особи, яка перебуває в стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують її увагу та швидкість реакції, або не має права на керування транспортним засобом, чи інше грубе порушення правил експлуатації транспорту, що забезпечують дорожній рух, вчинене особою, відповідальною за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або його смерть

Стаття 288. Порушення нормативно-правових актів, норм і правил, що стосуються забезпечення дорожнього руху Порушення нормативно-правових актів, норм і правил, що стосуються забезпечення дорожнього руху, вчинене особою, відповідальною за будівництво, реконструкцію, ремонт чи утримання автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, інших дорожніх споруд, або особою, яка виконує такі роботи, якщо це порушення спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або смерть

Стаття 325. Порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням Порушення правил та норм, встановлених з метою запобігання епідемічним та іншим інфекційним хворобам, а також масовим неінфекційним захворюванням (отруєнням) і боротьби з ними, якщо такі дії спричинили або завідомо могли спричинити поширення цих захворювань

Стаття 326. Порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами Порушення правил зберігання, використання, обліку, перевезення мікробіологічних або інших біологічних агентів чи токсинів, інших правил поводження з ними, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого

Стаття 329. Втрата документів, що містять державну таємницю Втрата документів або інших матеріальних носіїв секретної інформації, що містять державну таємницю, а також предметів, відомості про які становлять державну таємницю, особою, якій вони були довірені, якщо втрата стала результатом порушення встановленого законом порядку поводження із зазначеними документами та іншими матеріальними носіями секретної інформації або предметами

Стаття 380. Невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист Неприйняття рішення, несвоєчасне прийняття або прийняття недостатньо обґрунтованих рішень, а також невиконання, несвоєчасне вжиття достатніх заходів для безпеки працівників суду, правоохоронних органів або осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їхніх

сімей та їхніх близьких родичів службовою особою органу, на який покладено функції забезпечення безпеки зазначених осіб, якщо ці дії спричинили тяжкі наслідки

Сутність всіх наведених тут кримінальних правопорушень полягає у тому, що особа, яка зобов'язана бути не просто обачною, а й додержуватись певних правил, діяти відповідно до них, не виконує або неналежно виконує обов'язок, обумовлений цими правилами та такий, що може входити у зміст спеціального статусу такого суб'єкта (у тому числі й службовий) спричиняє настання суспільно небезпечного наслідку, який, насамперед не має майнового характеру. Очевидно, що у сучасному суспільстві, практично все можна піддати грошовому вимірові. Навіть Верховний Суд допускає грошовий обрахунок втрат, які насамперед завдають шкоди іншим цінностям, однак аналіз родових об'єктів наведених посягань та способу формулювання диспозицій відповідних кримінально-правових норм (так званих логічних рядів), дає можливість для висновку про те, що суспільно небезпечні наслідки у цих складах кримінальних правопорушень перебувають у іншій площині, ніж ті, які зараз характерні для ст. 367 КК України.

І, нарешті, остання група кримінальних правопорушень, передбачених частково спеціальними нормами, в яких, видається суспільно небезпечні наслідки перебувають у категорії майнової шкоди. Часткова спеціальність цих норм обумовлена тим, що суб'єктом кримінального правопорушення в них може бути не лише службова особа у розумінні ст. 18 КК України.

Стаття 197. Порушення обов'язків щодо охорони майна Невиконання або неналежне виконання особою, якій доручено зберігання чи охорона чужого майна, своїх обов'язків, якщо це спричинило тяжкі наслідки для власника майна

Стаття 254. Безгосподарське використання земель Безгосподарське використання земель, якщо це спричинило тривале зниження або втрату їх родючості, виведення земель з сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту

Стаття 270. Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, якщо воно спричинило виникнення пожежі, якою заподіяно шкоду здоров'ю людей або майнову шкоду у великому розмірі

Стаття 363. Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється, якщо це заподіяло значну шкоду, вчинені особою, яка відповідає за їх експлуатацію

Саме так, видається, виглядає система кримінальних правопорушень, які є спеціальними або специфічними формами загального складу службової недбалості, передбаченої ст. 367 КК України

ТЕМА 7. ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Завданням цієї теми є ознайомлення із засобами диференціації кримінальної відповідальності за відповідні посягання та їх використанням законодавцем у чинному кримінальному законодавстві. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є поглиблення уявлення про систему кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної наданням публічних послуг.

7.1. РОЗУМІННЯ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Диференціація кримінальної відповідальності – проблема, яка достатньо детально розроблена у науці кримінального права та із засобу законодавчої техніки фактично «переросла» у принцип кримінального права. У найбільш загальній формі, диференціація (від лат. *differentiatio* – відмінність) постає як розподіл, розчленування, розшарування чого-небудь на окремі різнорідні елементи. Під диференціацією кримінальної відповідальності у доктрині кримінального права прийнято розуміти здійснюване законодавцем розшарування останньої, дозування із урахуванням певного роду обставин, метою якого є створення для правозастосовувача бажаного режиму при визначенні міри (виду та розміру) відповідальності за вчинене правопорушення¹⁰⁶. Дане універсальне ви-

значення можна пристосувати й до проблеми, яка піднімається у даній частині посібника. Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, як буде видно пізніше, – глибоко диференційована. І якщо, під час структурування навчальної програми цього навчального курсу, виділення саме такої теми, мало на меті одне, то тепер, після декількох років його викладання, зміст матеріальну бачиться дещо інакше.

Отже, під **диференціацією кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, ми розуміємо здійснений законодавцем у тексті КК України розподіл міри (виду та розміру потенційного покарання) та форм кримінальної відповідальності з урахуванням обставин, які впливають на ступінь суспільної небезпечності відповідних посягань з метою створення ефективної системи кримінально-правової регламентації відповідних суспільних відносин.**

Ознаками цього явища, відповідно, будуть:

- це діяльність законодавця, результати якої втілюються у тексті Кримінального кодексу України;
- змістом такої діяльності є розподіл міри (видів та розміру потенційного покарання) та форм кримінальної відповідальності;
- відповідних розподіл відбувається із урахуванням обставин (ознак), які на думку законодавця, впливають на ступінь суспільної небезпеки відповідних кримінально протиправних діянь;
- така діяльність провадиться із метою створення ефективної системи кримінально-правової регламентації відповідних суспільних відносин, яка була б здатна адекватно відображати специфіку вчинюваних кримінальних правопорушень та правовими засобами забезпечувати протидію відповідному протиправному явищу.

Диференціація відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, провадиться законодавцем за допомогою певних засобів, що відображають зміст обставин, які на думку законодавця, мають істотний вплив на ступінь суспільної небезпеки відповідних кримінальних правопорушень.

¹⁰⁶ Кругликов Л. Л., Васильевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве Санкт Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 62. (300 с.)

У теорії кримінального права виділяють засоби диференціації, які законодавець використовує у Загальній та Особливій частинах Кримінального кодексу. Так, для Загальної частини, де переважають зобов'язуючі та уповноважуючі норми, а не норми-заборони, характерні свої засоби диференціації:

- види кримінальних правопорушень;
 - підстави звільнення від кримінальної відповідальності та покарання;
 - обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання тощо.
- Диференціація кримінальної відповідальності у Особливій частині КК здійснюється законодавцем переважно за допомогою:
- кваліфікованих складів та відповідних нових меж караності;
 - використання спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності;
 - відносно визначених, альтернативних та кумулятивних санкцій;
 - допущення можливості (факультативності) застосування додаткових покарань¹⁰⁷.

Одним з найбільш важливих та специфічних засобів диференціації відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, у Загальній частині КК є виділення групи так званих «корупційних кримінальних правопорушень» та «кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією».

Визначення поняття «корупційних кримінальних правопорушень» безпосередньо у тексті КК України викликає як мінімум подив. У рік, коли це сталося, серед студентів магістратури був проведений експеримент – пропонувалося знайти у тексті кодексу визначення поняття «корупційний злочин». Пошуки тривали довго, адже логіка побудови закону взагалі не передбачає визначення кримінологічного поняття (військовий злочин – данина традиції специфічності військового кримінального права). Тим більше, передбачити, що це поняття буде міститися у Загальній частині КК, ще й розділі «Звільнення від кримінальної

¹⁰⁷ Кругликов Л. Л., Васильевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве Санкт Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 63–64.

відповідальності», ще й у примітці до ст. 45 «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із дійовим каяттям» – принаймні складно. Проте, це очевидно не головне, адже є проявом правила законодавчої техніки – поняття визначається у тому місця законодавчого акту, у якому воно вжите перший раз.

29 червня 2021 року законодавець продовжив цю тенденцію, доповнивши примітку до ст. 45 КК України абзацом другим такого змісту: «Кримінальними правопорушеннями, пов'язаними з корупцією, відповідно до цього Кодексу вважаються кримінальні правопорушення, передбачені статтями 366², 366³ цього Кодексу». Таким чином, ми одержали ще одне поняття певної крупі кримінальних правопорушень безпосередньо у тексті КК.

Головним є недолугість запропонованих визначень. Детальний аналіз способу викладу поняття корупційного кримінального правопорушення та наукових підходів щодо цієї проблеми у всій час запропонував О. О. Дудоров¹⁰⁸. Автор відзначає такі проблеми, які повинні бути у фокусі уваги вчених: 1) відзначається не зовсім звичне (вдале, оптимальне) місце переліку корупційних злочинів у КК (стаття його Загальної частини, присвячена одному з видів звільнення від кримінальної відповідальності) і пропонуються інші варіанти розв'язання цього питання – розміщення цього переліку в ст. 44 КК «Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності»; новій статті 45-1 КК «Перелік корупційних правопорушень»; в Особливій частині КК без вказівки на його конкретний розділ; у примітці до ст. 364 КК, тобто в розділі Особливої частини КК, який передбачає відповідальність за «левоу частку» корупційних кримінальних правопорушень. 2) до закріпленого в КК переліку корупційних кримінальних правопорушень повинні входити лише ті посягання, склади яких містять обов'язкові ознаки корупційного правопорушення і корупції, відображені у Законі «Про запобігання корупції» як нормативно-правовому акті, який є базовим із

¹⁰⁸ Дудоров О. О., Коломоєць Т. О., Кушнір С. М., Макаренко О. Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: Монографія. Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2019. С. 219–243.

питань боротьби із корупцією, при тому, що вказані ознаки також потребують уточнення. 3) вадою примітки ст. 45 КК є не лише безпідставність віднесення деяких кримінальних правопорушень до числа корупційних, а і не зовсім зрозуміле невизнання корупційними правопорушень, які із урахуванням їхньої суті, що кореспондує ознакам законодавчих понять «корупційне правопорушення» і «корупція», мали би бути визнані такими.

Крім того, варто додати таке. Законодавець використовує «метод вичерпного переліку», що, як видається, не зовсім виправдано. І справа не у якихось теоретичних непорозуміннях або невиправданих конструкціях. Справа у тому, що визначення цього поняття має безпосереднє прикладне значення, адже за вчинення корупційного кримінального правопорушення законодавець фактично унеможливив застосування таких поширених у цій галузі боротьби зі злочинністю інститутів кримінального права як звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання та його відбування. Відтепер особу, яка вчинила корупційне правопорушення, фактично не можна звільнити від кримінальної відповідальності у зв'язку із дійовим каяттям, у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, у зв'язку із передачею особи на поруки, у зв'язку із зміною обстановки. Аналогічна ситуація спостерігається й щодо підстав звільнення від відбування покарання, у тому числі найбільш популярного звільнення від відбування покарання – з випробуванням. До речі, щодо підстави звільнення від відбування покарання із випробуванням, передбаченої у ст. 75 КК України, особливо кмітливі правозастосовувачі можуть запропонувати звільняти від відбування покарання з випробуванням за вчинення корупційних злочинів за угодою про визнання вини, оскільки ч. 2 ст. 75 прямо не передбачає обмежень використання цієї підстави щодо корупційних злочинів. Проте таке вирішення проблеми видається неправомірним, оскільки обумовлене в угоді звільнення повинне відповідати загальним підставам, визначеним у ч. 1 ст. 75 – а отже, щодо корупційних кримінальних правопорушень, таке звільнення не застосовується. Крім того, законодавець істотно обмежив можливості застосування амністії та помилування щодо цієї категорії кримінальних правопорушень. Таким чином, маємо ситуацію, коли фактичне застосування

можливостей кримінально-правового впливу напряду залежить від правильності визначення відповідного поняття, а точніше – переліку кримінальних правопорушень.

Вказані обмеження застосування «заохочувальних» інститутів кримінального права з часом виходять за межі «об'єктивної необхідності». Зростає небезпека будь-яке актуальне на сьогодні кримінальне правопорушення включити у перелік підстав незастосування інститутів звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування – з'являється «виняткове кримінальне право», що аж ніяк не можна оцінити позитивно з позиції панування верховенства права. Сказане підтверджується змінами, внесеними у заохочувальні інститути протягом останнього року: спочатку у лютому 2021 року з'являється «*порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керували транспортними засобами у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебували під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції*», в вже у червні – «*кримінальні правопорушення, пов'язані із корупцією*». Що наступне?

Станом на час підготовки цієї роботи корупційними правопорушеннями вважаються посягання, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також кримінальні правопорушення, передбачені статтями 210, 354, 364, 364¹, 365², 368, 368³–369, 369², 369³ КК України.

На перший погляд все логічно та зрозуміло. Однак, насправді, це не зовсім так, адже законодавець у примітці до ст. 45 визначив корупційними лише частину посягань (як правило, загальні норми), які можуть бути віднесені до таких із урахуванням положень регулятивного антикорупційного законодавства. Нагадаємо, що чинне антикорупційне законодавство визначає поняття корупційне правопорушення і корупція фактично тотожно. *Корупційне правопорушення* – умисне діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у відповідній статті Закону, за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність. *Корупція* – використання особою, зазначеною у відповідній статті Закону наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції

такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у Законі, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. Враховуючи наведені вище визначення корупційними є й інші кримінальні правопорушення, окрім тих, що зазначені у примітці до ст. 45 КК України, наприклад:

- ч. 3 ст. 206² «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації»;
- ст. 222¹ «Маніпулювання на фондовому ринку»;
- ч. 2 ст. 375 «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, узаваля та постанови» тощо.

Взагалі, корупційним є кримінальне правопорушення, яке вчиняється службовою особою або особою, яка надає публічні послуги з використанням можливостей свого спеціального статусу з метою одержання неправомірної вигоди – а таких у КК України близько 100 посягань. Зрозуміло, що застосувати правообмеження, які передбачені КК України щодо корупційних кримінальних правопорушень, можна лише і виключно враховуючи положення примітки до ст. 45. Однак це не природно і, очевидно, не дасть очікуваних результатів – оскільки порушує природу речей – однорідні посягання мають різний правовий статус. Крім того, враховуючи наведене, необхідно очікувати змін до вказаної примітки (а вони вже були – три, як мінімум), а отже, й відстежувати чинну редакцію закону, й вирішувати проблеми дії закону у часі, що так само є достатньо важливим.

Враховуючи наведене, не корупційними у Розділі XVII Особливої частини КК України, а отже, й такими, щодо яких можливі до застосування всіх існуючих форм кримінальної відповідальності, залишилися наступні посягання:

- ст. 364² «Здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України»;
- ст. 365 «Перевищення влади або повноважень працівником правоохоронного органу»;
- ст. 366 «Службове підроблення»;

- ст. 367 «Службова недбалість»;
- ст. 370 «Провокація підкупу».

Крім того, очевидно корупційне кримінальне правопорушення, передбачене ст. 365³ КК України «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей» так само не увійшло до аналізованого переліку. Це додатково підтверджує скептичне ставлення до обраного методу визначення відповідного поняття.

7.2. ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПРИ «ПОЗИТИВНІЙ ПОСТКРИМІНАЛЬНІЙ ПОВЕДІНЦІ» ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Враховуючи останні зміни, можна зробити висновок, що законодавець ніяк не може визначитися із підставою звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила активний підкуп (запропонувала, обіцяла або надала неправомірну вигоду спеціальному суб'єктові).

Донедавна кожна стаття про підкуп та ст. 369 КК України містили частини, в яких були передбачені заохочувальні норми про звільнення надавача неправомірної вигоди від відповідальності за наявності певних, відомих Вам, умов. Тепер вже законодавець використав знов ж такі незвичний прийом, про який потрібно знати, – об'єднав всі ці підстави у ч. 5 ст. 354 КК України. Відтепер відповідно до ч. 5 ст. 354 особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, звільняється від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 354, 368³, 368⁴, 369, 369² КК, якщо після пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди вона – до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, – добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особою, яка одержала неправомірну вигоду або прийняла її пропозицію чи обіцянку. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної

вигоди були вчинені по відношенню до осіб, визначених у частині у ч. 4 ст. 18 КК України.

Що ж змінилося:

1) часові рамки добровільної заяви – від моменту повідомлення про підозру до моменту отримання інформації про цей злочин, а отже, ці рамки істотно зменшилися;

2) з'явився обов'язок особи активно сприяти розкриттю злочину;

3) відпала підстава наявності вимагання неправомірної вигоди щодо відповідної особи.

Наведені зміни негативно були сприйняті у науковому середовищі. Так, зокрема, зазначалося, що вкрай негативно вплинула на якість протистояння корупції і зміна так званих спеціальних умов звільнення від кримінальної відповідальності «хабародавців». Мало того, відповідна інформація вилучені з приміток усіх статей, де йдеться про їхні дії, та нелогічно перенесена до ст. 354 КК України. Серед умов звільнення тепер відсутнє вимагання «хабара», що явно несправедливо. Умови викладені вкрай заплутано, громіздко, розмито. Чого лише варта вимога «активно сприяти розкриттю злочину»! Використання невизначеного поняття «активно» відкриває широкий простір для суб'єктивної оцінки, а це – корупціогенний фактор. «Хабарнику» тепер краще «сховатися», ніж піти на самовикриття, ризикуючи при цьому не бути звільненим від кримінальної відповідальності. Отже, не допоможе він й у розкритті злочину, вчиненого іншою стороною події. Виходячи з наведеного, у «зоні недосягнення» для правоохоронців можуть опинитися обидва злочинці – той, хто надав неправомірну вигоду, і той, хто її отримав. Принаймні, за таких умов очікувати від «хабародавців» ініціативи допомозі складно¹⁰⁹. З такою гострою оцінкою в цілому можна погодитись.

Однак, серед позитивних аспектів наведених змін правового регулювання цього спеціального виду звільнення від кримінальної відповідальності, варто відзначити хіба другий наведений тут пункт.

¹⁰⁹ Ярмиш Н. М. Помилки у Кримінальному кодексі України на заваді протидії корупції. *Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації: матеріали міжнародної науково-практичної конференції 12–13 жовтня 2017* Харків: Право, 2017. С. 400–401.

Справді, обов'язок активно сприяти розкриттю кримінального правопорушення повинно стати обов'язковою умовою будь якого звільнення при позитивній посткримінальній поведінці. Щодо інших умов, на жаль позитивно оцінити їх не можна. По-перше, складно пояснити зміну часових рамок з'явлення із зізнанням. Відтепер останній момент такого з'явлення не залежить від волі особи, позитивна поведінка якої стимулюється. Особа не може знати, коли орган, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, отримала інформацію про відповідне кримінальне правопорушення. Цей аспект проблеми, видається, буде відігравати негативну роль у стимулюванні відповідної поведінки осіб, які запропонували, пообіцяли або надали неправомірну вигоду. Таке законодавче рішення, видається, впливає на бажану поведінку у зворотному напрямі – не стимулює її, а навпаки, стримує. А це суперечить загальному призначенню таких «стимулюючих» норм у кримінальному праві.

По-друге, відсутність серед підстав звільнення від кримінальної відповідальності за активний підкуп вимушеного передавання неправомірної вигоди під впливом її вимагання з боку спеціального суб'єкта, також не може бути оцінено нами позитивно. Тепер для того, щоб звільнити фактично потерпілу від кримінального правопорушення особу від кримінальної відповідальності, потрібно відшукувати правові підстави для цього або у матеріально-правових обставинах, які виключають кримінальну протиправність вчиненого (наприклад, психічний примус, ст. 40 КК України), або ж серед процесуальних підстав¹¹⁰.

Крім того, якщо вже об'єднувати всі підстави звільнення від кримінальної відповідальності при активному підкупі, то об'єднувати їх дійсно всі. Законодавець чомусь не звернув увагу на ч. 5 ст. 160 КК України, яка зазначає: особа, крім організатора та підбурювача кримінального правопорушення, звільняється від відповідальності за кримінальне правопорушення, передбачене цією статтею, якщо вона добровільно до притягнення до кримінальної відповідальності

¹¹⁰ Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 3. С. 337–342 URL: <http://www.lsej.org.ua/index.php/ostannij-vipusk>

повідомила про вчинення злочину та сприяла його розкриттю. У цій нормі немає обмежень щодо звільнення від кримінальної відповідальності лише тієї особи, яка вчинила активний підкуп. Це не логічно. Привілейований статус саме загального суб'єкта легко пояснити – він не наділений додатковими функціями, які покладають на нього більше відповідальності порівняно із іншими. Тут же законодавець фактично прирівнює суб'єктів підкупу у їх можливості бути звільненими від відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці. Такий підхід не є послідовним. Не співпадають також і умови звільнення. Це стосується не лише суб'єктного складу, а й інших умов. Не зважаючи на мінімальні текстуальні розходження, зміст умов звільнення у ч. 5 ст. 160 та у ч. 5 ст. 354 КК відрізняється і задля забезпечення системності врегулювання питань відповідальності за підкуп у кримінальному праві, їх бажано уніфікувати.

Крім наведених вище міркувань, варто згадати також і про інші види підкупів, в яких питання звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці взагалі не врегульовані. Йдеться про підкуп у спорті та процесуальний підкуп. Думається, що такі стимулюючі норми мали б з'явитися в цих видах підкупів одночасно із приведенням їх у конструктивну подібність до конструкцій складів інших видів підкупів.

7.3. ХАРАКТЕРИСТИКА КОНСТРУКЦІЙ КВАЛІФІКОВАНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ ТА ЗМІСТ КВАЛІФІКУЮЧИХ ОЗНАК

Розділ XVII Особливої частини КК України містить 22 структурні частини, які передбачають кваліфіковані та особливо кваліфіковані склади кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Статті про аналізовані кримінальні правопорушення містять всього 24 оригінальні кваліфікуючі ознаки:

№ з/п	Найменування кваліфікуючої ознаки	Статті розділу XVII, в яких використана ознака	Скільки раз використано
1.	Повторно	ч. 2 ст. 365 ² ; ч. 3 ст. 368; ч. 2 ст. 368 ³ ; ч. 4 ст. 368 ³ ; ч. 2 ст. 368 ⁴ ; ч. 4 ст. 368 ⁴ ; ч. 2 ст. 369; ч. 2 ст. 369 ³ КК України.	8
2.	Тяжкі наслідки	ч. 2 ст. 364; ч. 2 ст. 364 ¹ ; ч. 3 ст. 365; ч. 3 ст. 365 ² ; ч. 2 ст. 366; ч. 2 ст. 367 КК України.	6
3.	За попередньою змовою групою осіб	ч. 3 ст. 368; ч. 2 ст. 368 ³ ; ч. 4 ст. 368 ³ ; ч. 2 ст. 368 ⁴ ; ч. 4 ст. 368 ⁴ ; ч. 3 ст. 369 КК України.	6
4.	Поєднане із вимаганням неправомірної вигоди	ч. 3 ст. 368; ч. 4 ст. 368 ³ ; ч. 4 ст. 368 ⁴ ; ч. 3 ст. 369 ² КК України	4
5.	Організованою групою	ч. 2 ст. 368 ³ ; ч. 2 ст. 368 ⁴ ; ч. 4 ст. 369 КК України	3
6.	Супроводжувалися насильством	ч. 2 ст. 365 КК України	1
7.	Супроводжувалися погрозою застосування насильства	ч. 2 ст. 365 КК України	1
8.	Супроводжувалися застосуванням зброї	ч. 2 ст. 365 КК України	1
9.	Супроводжувалися застосуванням спеціальних засобів	ч. 2 ст. 365 КК України	1
10.	Супроводжувалися бо-лісними діями	ч. 2 ст. 365 КК України	1
11.	Супроводжувалися такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями	ч. 2 ст. 365 КК України	1
12.	Стосовно неповнолітньої особи	ч. 2 ст. 365 ² КК України	1
13.	Стосовно недієздатної особи	ч. 2 ст. 365 ² КК України	1

14. Стосовно особи похилого віку	ч. 2 ст. 365 ² КК України	1
15. Відрізняються на суму понад 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб	ч. 2 ст. 366 ² КК України	1
16. Предметом якого була неправомірною вигода у значному розмірі	ч. 2 ст. 368 КК України	1
17. Предметом якого була неправомірною вигода у великому розмірі	ч. 3 ст. 368 КК України	1
18. Предметом якого була неправомірною вигода у особливо великому розмірі	ч. 4 ст. 368 КК України	1
19. Вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище	ч. 3 ст. 368 КК України	1
20. Вчинене службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище	ч. 4 ст. 368 КК України	1
21. Якщо неправомірною вигода надавалася службовій особі, яка займає відповідальне становище	ч. 3 ст. 369 КК України	1
22. Якщо неправомірною вигода надавалася службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище	ч. 4 ст. 369 КК України	1
23. Щодо офіційних змагань неповнолітніх	ч. 2 ст. 369 ² КК України	1
24. Службовою особою правоохоронних органів	ч. 2 ст. 370 КК України	1

Якщо аналізувати зміст наведених ознак, які кваліфікують кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, то в цілому є підстави стверджувати, що вони відображають звичні для будь-якої групи кримінальних правопорушень закономірності зростання ступеня суспільної небезпеки. Так, найбільш поширеною кваліфікуючою ознакою є ознака «повторно» (це, до речі, є загальною тенденцією для Особливої частини КК України). Своє чільне місце посідають й ознаки, які характеризують форми співучасті: за попередньою змовою групою осіб та організованою групою. Є ознаки, які характеризують потерпілого (неповнолітній, недієздатний), предмет (вартість неправомірної вигоди), спосіб вчинення кримінального правопорушення (насильство, погроза його застосування), суб'єкта (спеціально-конкретна службова особа тощо).

Традиційне використання кваліфікуючих ознак тягне за собою традиційні ж проблеми цього інституту кримінального права. Так, наприклад, проблемою використання групи кваліфікуючих ознак, є використання у одній частині статті Особливої частини КК України ознак, які наділені очевидно різним ступенем суспільної небезпеки. У розділі XVII Особливої частини КК України такими структурними частинами є ч. 2 ст. 368³ та ч. 2 ст. 368⁴ КК, в який йдеться про вчинення кримінального правопорушення і за попередньою змовою групою осіб, і організованою групою. Невдалим способом законодавчої техніки варто також визнати використання «негативних ознак» при конструюванні складів правопорушень, у тому числі й кваліфікованих. Так, ч. 2 ст. 365 КК України сконструйована із використанням негативної ознаки «за відсутності ознак катування». По перше, це ставить проблему визначення саме тих ознак катування, відсутність яких повинна бути у кваліфікованому складі перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. По друге, наявність таких ознак означає потребу кваліфікувати діяння такої конкретної службової особи за ст. 127 КК України нарівні із загальним суб'єктом. При цьому ч. 1 ст. 127 КК містить м'якше кримінальне правопорушення, ніж ч. 2 ст. 365 КК. Тож чому вчинення перевищення влади працівником правоохоронного органу, що супроводжується насильством, але вчинене із ознаками катування (наприклад, отримати від особи визнання), повинне

кваліфікуватися за кримінально-правовою нормою, яка містить істотно м'якшу санкцію? Зрозумілої відповіді отримати не вдасться, адже причина такої ситуації лежить у площині помилок законодавця при зміні КК. Остаточна редакція ст. 127 КК України «Катування» з'явилася у КК у результаті трьох змін закону у 2005, 2008, та 2009 роках. У цій статті були кваліфіковані склади, відповідальність за вчинення яких передбачалась і для працівників правоохоронних органів (2005 р.) і для службових осіб (2008 р.). Проте у 2009 році диференціацію відповідальності за катування за ознаками суб'єкта законодавець визнав необґрунтованою і докорінно змінив редакцію ч. 2 ст. 127 КК. Негативна ознака «за відсутності ознак катування» з'явилася у ч. 2 ст. 365 КК у 2008 році (роком раніше) внаслідок реформи з гуманізації кримінальної відповідальності.

Ще однією проблемою використання кваліфікуючих ознак, яка відображена у тому числі й у складах розділу XVII Особливої частини КК України, є неоднакове використання однакових по суті ознак. Щодо предмету нашого дослідження, це стосується ч. 4 ст. 369 КК, яка містить кваліфікуючу ознаку «вчинені організованою групою осіб чи її учасником». Виникає питання, для чого законодавець виділяє можливість вчинення цього конкретного правопорушення учасником організованої групи осіб? У аналогічних, як видається, кваліфікуючих ознаках «організованою групою», передбаченою у ч. 2 ст. 368³ та ч. 2 ст. 368⁴ КК, законодавець обмежується лише вказівкою на цю форму співучасті. Це логічно, адже складно собі уявити собі випадок, коли кримінальне правопорушення може бути вчинене окремо організованою групою, а окремо, її учасником, адже вчинення кримінального правопорушення організованою групою і означає вчинення його саме її учасниками чи учасником. Кримінальна протиправна поведінка особи поза зв'язком із організованою групою, видається, не повинна оцінюватися як обставина, яка обтяжує кримінальну відповідальність. Більше того, існування організованої групи осіб без зв'язку із кримінальним правопорушенням, які вони або готуються вчинити, або вчиняють, не є предметом кримінально правового регулювання. Це, по суті й відрізняє цю форму співучасті від наступною за ступенем організованості, згуртованості та небезпечності – злочинної організації (ч. 4 ст. 28 КК України).

Зміст окремих кваліфікуючих ознак визначено у примітках до статей Особливої частини КК України. Характеризуючи відповідні нормативні положення, відзначимо їх в цілому зрозумілість:

№ з/п	Поняття, яке визначено	Зміст поняття	Структурна частина КК, де визначене поняття
1.	Тяжкі наслідки	У статтях 364–367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян	Прим. 4 до ст. 364 КК України
2.	Неправомірною вигода у значному розмірі	Неправомірною вигодою в значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.	Прим. 1 до ст. 368 КК України
3.	Неправомірною вигода у великому розмірі	Неправомірною вигодою у великому розмірі вважається така вигода, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.	Прим. 1 до ст. 368 КК України
4.	Неправомірною вигода в особливо великому розмірі	Неправомірною вигодою в особливо великому розмірі вважається така вигода, що у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян	Прим. 1 до ст. 368 КК України
5.	Службові особи, які займають відповідальне становище	у статтях 368, 368 ⁵ , 369 та 382 цього Кодексу є особи, зазначені у пункті 1 примітки до статті 364 цього Кодексу, посади яких згідно із статтею 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «Б», судді, прокурори, слідчі і дізнавачі,	Прим. 2 до ст. 368 КК України

- а також інші, крім зазначених у пункті 3 примітки до цієї статті, керівники і заступники керівників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць
6. Службові особи, які займають особливе відповідальне становище
- У статтях 368, 368⁵, 369 та 382 цього Кодексу є:
- 1) Президент України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України, перші заступники та заступники міністрів, члени Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Голова Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Голова Фонду державного майна України, його перший заступник та заступники, члени Центральної виборчої комісії, народні депутати України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Директор Національного антикорупційного бюро України, Генеральний прокурор, його перший заступник та заступники, Голова Конституційного Суду України, його заступники та судді Конституційного Суду України, Голова Верховного Суду України, його перший заступник, заступники та судді Верховного Суду України, голови вищих спеціалізованих судів, їх заступники та судді вищих спеціалізованих судів, Голова Національного банку України, його перший заступник та заступники, Секретар Ради національної безпеки і оборони України, його перший заступник та заступники, Постійний Представник Президента України в Автономній Республіці Крим, його перший заступник та заступники, радники та помічники Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України;
- 2) особи, посади яких згідно із статтею 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «А»;
- 3) особи, посади яких згідно із статтею 14 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» віднесені до першої та другої категорій посад в органах місцевого самоврядування.
- Прим. 3 до ст. 368 КК України
- Прим. 5 до ст. 354 КК України
7. Вимагання неправомірної вигоди
- У статтях 354, 368, 368³ і 368⁴ цього Кодексу під вимаганням неправомірної вигоди слід

розуміти вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Є певні застереження щодо такої кваліфікуючої ознаки, яка характерна для пасивного підкупу, як «поєднане із вимаганням неправомірної вигоди». Автор посібника підтримує висловлену у кримінально-правовій доктрині позицію про те, що дана ознака повинна становити собою самостійний основний склад кримінального правопорушення, а не кваліфікований вид пасивного підкупу¹¹¹. Аргументами на користь такого підходу можуть стати:

- вимагання акт насильницького характеру, який вчиняється спеціальним суб'єктом за відсутності так званої «необхідної співучасті», характерної для підкупів;
- вимагання неправомірної вигоди є специфічною формою зловживання можливостями спеціального статусу, а не кваліфікованим видом пасивного підкупу;
- неможливо вчинити всі форми пасивного підкупу (прийняття пропозиції, обіцянки) шляхом вимагання;
- наявність такої кваліфікуючої ознаки у складах пасивного підкупу унеможливує розмежування цих складів та кваліфікованого складу

¹¹¹ Хмиз М. В. Кримінальна відповідальність за вимагання неправомірної вигоди. Дисертація доктора філософії за спеціальністю 081 Право. Виконана у Львівському національному університеті імені Івана Франка, 2020. 252 с.

загальнокримінального вимагання, що вчиняється службовою особою (ч. 2 ст. 189 КК України) тощо;

- вимагання неправомірної вигоди за конструкцією об'єктивної сторони складу правопорушення повинно мати зовсім інший момент закінчення, ніж пасивний підкуп, поєднаний із вимаганням неправомірної вигоди тощо.

Цей перелік можна продовжувати, однак головним при цьому, видається, є те, що вимагання неправомірної вигоди є іншим за своєю природою, кримінальним правопорушенням, спрямованим на іншу складову нормальної службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг як родового об'єкта відповідних посягань.

Конструюючи кваліфіковані та особливо кваліфіковані склади кримінальних правопорушень у сфер службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, законодавець використав типові конструкції для позначення ознак основного складу: «те саме діяння, ...», «ті самі діяння, ...», «дії, передбачені частиною ... цієї статті», «діяння, передбачене частиною ... цієї статті». У декількох статтях розділу XVII законодавець для позначення ознак основного складу використовує текст диспозиції попередньої частини статті – ч. 2 ст. 366² «Декларування недостовірної інформації» та ч. 3 ст. 369² «Зловживання впливом». В цілому використання вказаних конструкцій виправдано та не викликає проблем ні у теорії кримінального права, ні у практиці його застосування.

Однак використання конструкції «Дії, передбачені частиною першою цієї статті...» спричинило відомі науці та описані у цій роботі проблеми із розумінням конструкції кваліфікованого складу ч. 2 ст. 365 КК України, що потребувало «втручання» Верховного Суду та вироблення ним відомої правової позиції. Подібна ситуація спостерігається і у ч. 2 ст. 365² КК України «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги». Кваліфікований склад цього кримінального правопорушення сформульовано так: те саме діяння, вчинене стосовно неповнолітньої чи недієздатної особи, особи похилого віку або повторно... Все ніби зрозуміло, але основний склад цього посягання має матеріальний характер і знов ж таки виникає питання, чи вчинення зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги

стосовно, наприклад, неповнолітньої особи є закінченим правопорушення незалежно від того, чи заподіяна істотна шкода у розумінні примітки до ст. 364 КК, чи кваліфікований склад у цьому разі також повинен мати матеріальний характер? Видається, аргументи щодо криміноутворюючого характеру насильства у ч. 2 ст. 365 КК України мають потенцію для застосування і щодо вчинення кримінального правопорушення стосовно незахищених категорій потерпілих осіб (неповнолітніх, недієздатних та осіб похилого віку). Тобто вчинення зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги стосовно таких потерпілих становить собою закінчене кримінальне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 365² КК України. Оцінка такого посягання за цією структурною частиною КК не вимагає заподіяння відповідною поведінкою істотної шкоди у розумінні примітки до ст. 364 КК України.

ТЕМА 8. ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Завданням цієї теми є ознайомлення студентів із застосуванням законодавства про кримінальну відповідальність, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: проблемами кваліфікації суспільно небезпечних посягань та застосування різних форм кримінальної відповідальності. Результатом опрацювання відповідного матеріалу є уявлення про особливості правозастосування у сфері протидії посяганням у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Застосувати кримінальний закон, якщо максимально спростити розуміння цього процесу, означає виконати дві основні дії: надати вчиненому кримінально-правову оцінку (провести кримінально-правову кваліфікацію) та визначити, які кримінально-правові наслідки можуть бути застосовані до винної особи та застосувати їх (притягнути до кримінальної відповідальності). Матеріал цієї останньої частини посібника побудований відповідно до цих двох маніпуляцій із застосування кримінального закону у частині відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Частина питань, яка могла б стати предметом розгляду у цій частині роботи, побіжно розглядалась у попередніх її частинах. Це стосується, більшою мірою питань конкуренції кримінально-правових норм, розмежування кримінальних правопорушень та звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці. На них ми зупиняться не будемо.

8.1. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Розглядаючи проблеми тієї частини кримінально-правової оцінки вчиненого, яка є кримінально-правовою кваліфікацією, варто нагадати, що студентам освітньо-професійної програми освітнього ступеня магістр зі спеціальності 081 право у Львівському університеті доступний такий важливий курс як «Теорія кримінально-правової кваліфікації», який забезпечується нашою кафедрою, дає ґрунтовні знання з приводу понять і правил, які використовуватимуться у цій частині роботи. Тому на теоретичних положеннях теорії кримінально-правової кваліфікації зупинятися не будемо. Зазначимо лише те, що матеріал підрозділу буде побудований за інституційним принципом – всі правила кримінально-правової кваліфікації умовно поділяються на три рівні залежно від ступеня їх значення для розв'язання кримінально-правових проблем: принципові (які відображаються у принципах кримінального права та принципах кримінально-правової кваліфікації); правила кримінально-правової оцінки певних груп кримінальних правопорушень, виокремлених залежно від тих чи інших ознак (у роботі запропонуємо виокремлювати їх залежно від інститутів кримінального права); правила кримінально-правової кваліфікації окремих кримінальних правопорушень.

Спробуємо принципові та інституційні правила екстраполювати на особливості системного розуміння складів конкретних кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг і запропонувати певну позицію щодо кваліфікації конкретних посягань.

Розпочнем із принципового рівня регулювання. Серед принципів кримінально-правової кваліфікації, які мають безпосередній вплив на формулювання правил кримінально-правової оцінки конкретних посягань, важливим видається принцип, який сформульовано як *non bis in idem* (не двічі за одне – лат.) або «заборона подвійного інкримінування». Це принцип у кримінальному праві знаходить свої різноманітні прояви, однак для питань кримінально-правової кваліфікації, має значення

заборони одну і ту саму ознаку, що має кримінально-правове значення, враховувати при кримінально-правовій оцінці більше одного разу. Враховуючи таке значення наведеного принципу, трансформуємо його стосовно проблем, які можуть виникати із оцінкою кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Потенційно порушення принципу *non bis in idem* може відбуватися у разі кваліфікації за сукупністю у випадках:

- конструювання складених складів кримінальних правопорушень;
- коли спосіб вчинення правопорушення становить собою самостійне правопорушення;
- коли суспільно небезпечні наслідки сформульовано так, що вони можуть становити собою наслідки іншого кримінального правопорушення;
- кримінальне правопорушення може стати способом вчинення іншого кримінального правопорушення;
- коли у КК містяться норми, які можуть перебувати між собою у співвідношенні загальна-спеціальна або загальна-специфічна тощо.

При цьому варто нагадати також, що проблеми із «подвійним інкримінуванням» актуальні здебільшого у випадках так званої ідеальної сукупності кримінальних правопорушень. У разі ж вчинення двох і більше правопорушень, які оцінюються за правилами так званої реальної сукупності, перешкод у повторному урахуванні кримінально-значимої ознаки у кримінально-правовій оцінці вчиненого немає.

Щодо кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, то серед них немає посягань зі складеним складом.

Щодо випадків, коли спосіб вчинення правопорушення становить собою інше самостійне кримінальне правопорушення, то основні складності спостерігаються із оцінкою посягання, що передбачене ч. 2 ст. 365, адже серед ознак, які перетворюють основний склад у кваліфікований є вчинення перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, що супроводжується, зокрема, насильством або погрозою його застосування. Конкретні форми насильства,

яке при цьому застосовується, може одержати свою власну кримінально-правову оцінку за статтями про кримінальні правопорушення проти здоров'я, тілесної недоторканості, волі особи тощо. У кримінально-правовій доктрині існує концепція так званого «поглинання» кримінальних правопорушень, яка коротко зводиться до того, що для вирішення питання про те, чи «поглинаються» кримінальні правопорушення, які становлять собою спосіб вчинення іншого кримінального правопорушення складом останнього, необхідно порівняти санкції відповідних кримінально-правових норм і якщо санкція норми про «спосіб» менша – тоді поглинає, якщо ні – необхідно кваліфікувати за сукупністю. Практична реалізація такого підходу була відображена у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26.12.2003 року «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», в якому зазначалося, що якщо фізичне насильство полягає у незаконному позбавленні волі, завданні побоїв або ударів, заподіянні легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, у мордуванні, а психічне – у реальній погрозі заподіяння фізичного насильства щодо потерпілого чи його близьких, дії винного потрібно кваліфікувати за ч. 2 ст. 365 КК.

У межах цього підходу, який до речі можна поширити і на ті випадки, коли суспільно небезпечні наслідки сформульовано так, що вони можуть становити собою наслідки іншого кримінального правопорушення, необхідно, як видається, запропонувати певні уточнення:

- правило про «поглинання» можна застосовувати лише тоді, коли самостійна кримінальна протиправність є єдиним можливим способом вчинення відповідного кримінального правопорушення, або єдиним можливим суспільно небезпечним наслідком у межах його складу;

- у разі, якщо ознака складу кримінального правопорушення (спосіб або наслідок) сформульовані за допомогою абстрактного поняття, яке може охоплювати як самостійні кримінально-протиправні діяння, такі і кримінально-нейтральні, застосовувати правило про «поглинання» не можна, оскільки у такому разі правозастосовувач у супереч волі законодавця прирівнює у правовому значенні кримінально-протиправне та кримінально-нейтральне діяння;

- у наведеному вище випадку врахувати самостійну кримінальну протиправність способу чи наслідків можливо кваліфікувавши вчинене

за сукупністю кримінальних правопорушень. При цьому, зважаючи на дію принципу *non bis in idem*, другий раз ознаку, яка сформульована абстрактно, враховувати не потрібно.

Екстраполюючи наведені твердження на розглядуваний випадок, не можемо підтримати висловлену у цій же постанові Пленуму Верховного Суду України позицію щодо необхідності кваліфікації за сукупністю особливо кваліфікованого складу перевищення та умисного тяжкого тілесного ушкодження чи вбивства: п. 11 – умисне заподіяння смерті чи тяжкого тілесного ушкодження при перевищенні влади або службових повноважень кваліфікується за сукупністю злочинів – за ч. 3 ст. 365 КК та однієї з таких його статей: 112, 115, 121, 348, 379, 400, а вчинення таких дій через необережність охоплюється ч. 3 ст. 365 КК і додаткової кваліфікації за ст. 119 чи ст. 128 КК не потребує. Аналізуючи цю рекомендацію, варто пам'ятати, звичайно всю специфіку, пов'язану із розумінням поняття «тяжкі наслідки» у примітці до ст. 364 КК, однак, враховуючи тенденцію до повернення її оціночного характеру та універсальність попередніх тверджень, заперечення наведеної позиції є цілком обґрунтованим.

Взагалі використання абстрактних ознак при конструюванні складів кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, умовлює й інші правила кримінально-правової оцінки відповідних правопорушень. Так, наприклад, у складах підкупу знаряддям/засобом (для активного підкупу) або предметом (для пасивного підкупу) є неправомірна вигода. Проаналізоване у попередніх частинах цієї роботи визначення вказаного поняття не виключає того, що у якості неправомірної вигоди можуть виступати предмети, поведження з якими становить собою самостійне кримінальне правопорушення (певні види зброї, наркотичних засобів, психотропні речовини тощо), або послуги (наприклад, сутенерство) надання яких також становить собою самостійне кримінальне правопорушення. І судова практика і доктрина кримінального права у таких випадках одностайна – кваліфікувати вчинене необхідно за сукупністю кримінальних правопорушень: підкуп (активний чи пасивний) та незаконне поведження із відповідним предметом або зайняття відповідною діяльністю.

Правила кваліфікації множинності кримінальних правопорушень мають своє відображення й в інших аспектах кваліфікації кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Так, кваліфікації за сукупністю вимагає обумовлена пропозицією, обіцянкою або одержанням неправомірної вигоди кримінально-протиправна поведінка спеціального суб'єкта. Як правило йдеться про зловживання можливостями спеціального статусу або перевищення таких можливостей.

Дещо ускладнив законодавець питання кваліфікації окремих аналізованих кримінальних правопорушень за сукупністю, зокрема, із нововведеною ст. 368⁵ КК України «Незаконне збагачення». Уявімо собі такий приклад: керівник Спеціалізованої антикорупційної прокуратури влітку 2020 року одержує від одного з фігурантів кримінального провадження, яке провадиться НАБУ та САП, неправомірну вигоду у розмірі 6 мільйонів доларів США за закриття цього провадження. Про факт такого підкупу стає відомо не зі ЗМІ (як це сталося, щоправда, щодо спроби підкупу), а з антикорупційної декларації, поданої керівником САП у 2021 році, в якій відзначена, наприклад, купівля нерухомості на відповідну суму, що перевищує законний дохід посадовця. Отже, фактично ми маємо, цит.: «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи» (диспозиція ч. 1 ст. 368⁵ КК України – тяжкий злочин). За такого формулювання диспозиції ч. 1 цієї статті КК практично виключається можливість кваліфікації незаконного збагачення за сукупністю із, як у наведеному прикладі, ч. 4 ст. 368 КК України, що вже є особливо тяжким злочином. Чому виключається? Тому що одержання неправомірної вигоди вже інкриміновано службовій особі і другий раз ставитись у вину не може. Таким чином ми одержуємо квазіспеціальний вид пасивного підкупу, що, видається, суперечить меті встановлення відповідальності за незаконне збагачення. Моделювати ситуації можна і надалі – замість пасивного підкупу у якості предикатного кримінального правопорушення ми можемо розглядати, наприклад, ч. 5 ст. 191 КК України (також особливо тяжкий злочин), який ми не можемо інкримінувати чиновнику, оскільки набуття

майна вже враховане у поставленому у вину злочині. Тут вже маємо справу із квазіспецифічним видом зловживання. То ж для чого формулювати кримінально-правові заборони так, щоб вони не адекватно відображали потребу криміналізації корупційної поведінки спеціального суб'єкта? Питання риторичне.

Щодо повторності кримінальних правопорушень, то, наприклад, щодо підкупів, ми можемо спостерігати «приховану» повторність однорідних кримінальних правопорушень, яка відображена у примітці 4 до ст. 354 КК України: повторним у ст. ст. 354, 368, 368³, 368⁴ і 369 КК визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених зазначеними статтями. У інших випадках використання ознаки повторності у аналізованих складах кримінальних правопорушень, ми повинні сприймати її як традиційну повторність тождних кримінальних правопорушень і кваліфікувати цей вид множинності за правилами, характерними для цього виду повторності¹¹².

Розглядаючи кримінально-правову кваліфікацію правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг через призму інституту співучасті, варто відзначити специфіку, яка пов'язана із тим, що майже всі аналізовані кримінальні правопорушення можуть вчинятися лише спеціальним суб'єктом. При цьому, відповідальність за ці кримінальні правопорушення глибоко диференційована саме за ознаками суб'єкта. Тому, при кримінально-правовій оцінці відповідних посягань необхідно враховувати вироблені кримінально-правовою доктриною правила кваліфікації співучасті у кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом¹¹³.

Стосовно правил кваліфікації стадій вчинення кримінального правопорушення, варто відзначити важливість визначення моменту

¹¹² Устрицька Н. І. Кваліфікація повторності злочинів: Монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 216 с.

¹¹³ Федорович Н. А. Теоретичні підходи щодо співучасті у злочині зі спеціальним суб'єктом з урахуванням виду співучасника. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2020. Том 31 (70) Ч. 3 № 2. С. 65–73; Федорович Н. А. Кваліфікація співучасті у кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом, які утворилися у результаті диференціації складів кримінальних правопорушень за суб'єктом. *Вісник Асоціації кримінального права*. 2020. № 2(14). С. 57–72.

закінчення кожної з форм об'єктивної сторони відповідного складу. При цьому варто відзначити такі положення:

– загальний склад зловживання можливостями спеціального статусу є матеріальним за конструкцією об'єктивної сторони, а отже вважається закінченим з моменту настання відповідних наслідків, визначених у ч. 1 відповідних статей КК, зокрема. У зв'язку із положеннями, які викладені у цій роботі стосовно суб'єктивної сторони загального складу зловживання, готування та замах на зловживання можливі лише у випадку, коли ставлення до заподіяння істотної шкоди виражається у прямому умислі, а це своєю чергою, відбувається у випадках, коли неправомірна вигода, з метою одержання якої вчиняється це кримінальне правопорушення, лежить у площині суспільно небезпечних наслідків вчинення зловживання. Коли до заподіяння істотної шкоди спеціальний суб'єкт ставиться із непрямим умислом, замаху на відповідне кримінальне правопорушення, відповідно до положень ст. 15 КК України, бути не може;

– щодо моменту закінчення специфічних видів зловживань можливостями спеціального статусу, які розташовані, зокрема, у розділі XVII Особливої частини КК України, то він залежить від особливостей конструкції об'єктивної сторони відповідних складів. Так, основний склад у ч. 1 ст. 365 КК України «Перевищення влади або службових повноважень» – матеріальний, тому й закінченим відповідне кримінальне правопорушення буде з моменту настання істотної шкоди у розумінні примітки до ст. 364 КК України. Натомість основний склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366 «Службове підроблення» – формальний і закінченим посягання буде вважатися із моменту виконання визначених у диспозиції діянь. Щодо кваліфікованих складів наведених правопорушень, то вони, навпаки, у ч. 2 ст. 365 КК – формальний, а у ч. 2 ст. 366 – матеріальний, що й визначає момент закінчення передбачених у них посягань;

– щодо моменту закінчення посягання у нововведеної статті 365³ КК України «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей», варто відзначити формальну конструкцію відповідного складу. Враховуючи те, що вказане правопорушення може бути вчинене у двох

формах: 1) невжиття передбачених законодавством заходів за заявою (повідомленням) про вчинення незаконної діяльності..., 2) приховування виявленої незаконної діяльності..., то для правильного встановлення моменту закінчення цього посягання необхідно з'ясувати кінцевий момент обов'язку працівника правоохоронного органу діяти відповідним чином. Для цього варто системно проаналізувати регулятивне законодавство, яке охоплює Закони України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань», КПК України, Кодекс України про адміністративні правопорушення, підзаконні нормативно-правові акти тощо. Щось підказує, що допоки не буде вироблено зрозумілого алгоритму дій працівника правоохоронного органу у разі тримання ним заяви (повідомлення) про порушення відповідного законодавства, а також у разі виявлення ним відповідної незаконної діяльності, ст. 365³ КК України ефективною не буде;

– не все просто із моментом закінчення такого складу кримінального правопорушення, як «Декларування недостовірної інформації» ст. 366² КК України. Очевидно, що не варто вважати це посягання закінченим із моменту власне внесення суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у відповідну декларацію шляхом «... заповнення на офіційному веб-сайті Національного агентства декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (далі – декларація), за минулий рік за формою, що визначається Національним агентством» (ч. 1 ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції»). Специфіка використання електронних форм дає підстави вважати, що кримінальне правопорушення, передбачене ст. 366² КК України буде закінченим з моменту, коли відповідна електронна форма буде закрита для редагування і надіслана. Якщо спеціальний суб'єкт умисно вніс відповідну неправдиву інформацію (за умови, що такі відомості відрізняються від достовірних на суму від 500 до 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб), але не завершив заповнення форми і не надіслав її, видається, діяння

повинно кваліфікуватись як закінчений замах на відповідне кримінальне правопорушення. Правопорушення, передбачене ст. 366³ КК України «Неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» буде вважатися закінченим із початком наступної доби після строку подачі відповідної декларації;

– кримінальне правопорушення, передбачене ст. 367 КК України «Службова недбалість» вчиняється через необережність, тому готування та замах на нього неможливі;

– щодо моменту закінчення різних видів підкупу – активного та пасивного, то він визначається залежно від тієї форми об'єктивної сторони, яка була виконана відповідним суб'єктом. Не будучи прихильником концепції «усіченого складу кримінального правопорушення», стверджуємо про формальну конструкцію як активного, так і пасивного підкупу, відповідно закінченим посягання буде із моменту виконання певного діяння: пропозиції, обіцянки, надання, прийняття пропозиції, прийняття обіцянки, одержання, прохання. Ті діяння, які означають комунікацію між сторонами кримінально-протиправної події підкупу, видається, будуть закінченими із того моменту, коли комунікація відбулася: пропозиція та обіцянка були сприйняті адресатом та прийняття пропозиції та обіцянки також було усвідомлено активним підкуповувачем. Відповідно, якщо особа, яка бажає надати неправомірну вигоду, висловила пропозицію про її надання із використанням будь-яких засобів, які є посередником у комунікації (повідомлення, голосова пошта, використання електронний месенджерів чи пошти), а адресат з якихось причин не ознайомився зі змістом відповідної пропозиції, маємо праву із закінченим замахом на пропозицію надання неправомірної вигоди. Зі зворотного боку так само: якщо спеціальний суб'єкт висловив свою згоду із використанням посередницьких засобів, а адресат ще про це не знав, говорити про закінчений пасивний підкуп, підстав немає. Момент закінчення надання-одержання неправомірної вигоди традиційний для доктрини та практики кримінального права – надання або одержання хоча б частини неправомірної вигоди;

– певних складнощів у визначенні моменту закінчення кваліфікованого складу пасивного підкупу додає специфіка використання

конструкції «поєднане із вимаганням неправомірної вигоди». У загальнокримінальному складі «Вимагання» момент закінчення визначається пред'явленням майнової вимоги до адресату. Із кваліфікованим пасивним підкупом, за логікою криміналізації поведінки мало би бути так само. Однак, використання конструкції «діяння, передбачене частиною ..., поєднане із вимаганням неправомірної вигоди», дає підстави для висновку про те, що саме пред'явлення вимоги про надання неправомірної вигоди або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати таку вигоду, не містить у собі всіх ознак об'єктивної сторони складу пасивного підкупу і вимагає кваліфікації із посиланням на відповідну частину ст. 15 КК України як замах на кваліфікований вид пасивного підкупу;

– момент закінчення незаконного збагачення, передбаченого ст. 368⁵ КК України, пов'язується із розміром активів, які перевищують дохід спеціально конкретного суб'єкта у цьому складі правопорушення. При цьому варто до уваги приймати положення примітки до відповідно статті про те, що під активами слід розуміти грошові кошти (у тому числі готівкові кошти, кошти, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах), інше майно, майнові права, нематеріальні активи, у тому числі криптовалюти, обсяг зменшення фінансових зобов'язань, а також роботи чи послуги, надані особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Під законними доходами особи слід розуміти доходи, правомірно отримані особою із законних джерел, зокрема визначених [пунктами 7 і 8](#) частини першої статті 46 Закону України «Про запобігання корупції». При цьому, при визначенні різниці між вартістю набутих активів та законними доходами не враховуються активи, які є предметом провадження у справах про визнання активів необґрунтованими та їх стягнення в дохід держави, а також активи, стягнуті в дохід держави в рамках такого провадження;

– дуже нерівномірною як з точки зору діянь, які становлять собою об'єктивну сторону кримінального правопорушення, так і з огляду на момент їх закінчення, є діяння, передбачені у ст. 369³ КК України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань». Так, формами об'єктивної сторони основного складу, передбаченого ч. 1

ст. 369³ КК є: 1) підкуп (активна форма); 2) примушування до змови...; 3) підбурювання до змови...; 4) вступ у змову...; одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи. При цьому примушування та підбурювання – дієслова недоконаного виду, що дає підстави вважати, що кримінальне правопорушення у таких формах можна вважати закінченим не залежно від успішності такої діяльності. Основний склад кримінального правопорушення, передбачений ч. 3 ст. 369³ КК України, є матеріальним за конструкцією об'єктивної сторони і є закінченим з моменту одержання у результаті порушення заборони розміщення ставок на спорт неправомірної вигоди у розмірі, що перевищує двадцять прожиткових мінімумів для працездатних осіб.

Щодо вирішення проблем, пов'язаних із конкуренцією кримінально-правових норм із нормами про кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, то щодо правила вирішення таких ситуацій правозастосування проблем немає: застосуванню підлягає спеціальна норма. Це правило відомо багато століть. Проблема полягає у іншому: яку з відповідних норм, які претендують на застосування, слід вважати спеціальною. Ситуація із нормами про кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг є достатньо складна і їй ми присвятили достатньо багато уваги на попередніх сторінках цієї роботи.

8.2. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Кримінально-правова доктрина визначає, що кримінальна відповідальність може реалізуватись у трьох основних формах, виділення яких залежить від наповнення відповідальності змістовними складовими: осудом від імені держави та правообмеженнями, які становлять собою зміст покарання. Таким чином, теоретично можна виокремити такі форми реалізації кримінальної відповідальності:

1) осуд, призначення покарання та звернення його до виконання призначеного покарання; 2) осуд, призначення покарання та невиконання призначеного покарання з визначених законом підстав; 3) осіб і не визначення конкретного покарання. Третя форма кримінальної відповідальності, що впливає з формулювань ч. 4 ст. 74 та ч. 1 ст. 105 КК України, достатньо екзотична і має велику кількість обмежень щодо застосування за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг: 1) це має бути некорупційне кримінальне правопорушення і не кримінальне правопорушення, пов'язане із корупцією; 2) це має бути або кримінальний проступок або нетяжкий злочин; 3) особу на час розгляду справи у суді не можна вважати суспільно небезпечною з урахуванням бездоганної поведінки та сумлінного ставлення до праці. Збіг цих трьох обов'язкових підстав та диспозитивний характер припису, передбаченого ч. 4 ст. 74 КК для суду, практично унеможливує його застосування.

Адекватною формою кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, є осуд, поєднаний із призначенням покарання та зверненням призначеного покарання до виконання. Це логічно, адже для чого інакше встановлювати караність певної поведінки, визнавати її кримінально-протиправною, а потім не карати винного? Враховуючи сучасні тенденції до посилення кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення, незавуальовану вимогу суспільства робити «посадки» корупціонерів і розчарування їх відсутністю, саме ця форма кримінальної відповідальності мала би стати основною для більшості з аналізованих кримінальних правопорушень.

Належною підставою для визначення справедливого да достатнього для виконання його мети покарання, є забезпечення суду відповідним інструментарієм, частиною якого є конструювання санкцій відповідних кримінально-правових норм. Юридико-технічний аналіз санкцій, визначених у статтях розділу XVII Особливої частини КК України дає нам таку картину караності відповідних посягань:

№ з/п	Стаття КК України	Санкція: види та розміри потенційного покарання
1.	ч.1 ст. 364	<ul style="list-style-type: none"> – арешт на строк до шести місяців; – обмеження волі на строк до трьох років; – позбавлення волі на той самий строк <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років; • із штрафом від двохсот п'ятдесяти до семи сот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.
	ч. 2 ст. 364	<ul style="list-style-type: none"> – позбавлення волі на строк від трьох до шести років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років; • зі штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.
2.	ч. 1 ст. 364 ¹	<ul style="list-style-type: none"> – штраф від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; – арешт на строк до трьох місяців; – обмеження волі на строк до двох років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років.
	ч. 2 ст. 364 ¹	<ul style="list-style-type: none"> – штраф від чотирьох тисяч до шести тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; – арешт на строк до шести місяців; – позбавлення волі на строк від трьох до шести років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.
3.	ст. 364 ²	<ul style="list-style-type: none"> – штраф від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

4.	ч. 1 ст. 365	<ul style="list-style-type: none"> – обмеження волі на строк до п'яти років; – позбавленням волі на строк від двох до п'яти років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років;
	ч. 2 ст. 365	<ul style="list-style-type: none"> – позбавлення волі на строк від трьох до восьми років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.
	ч.3 ст. 365	<ul style="list-style-type: none"> – позбавленням волі на строк від семи до десяти років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.
5.	ч.1 ст. 365 ²	<ul style="list-style-type: none"> – штраф від двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; – обмеження волі на строк до трьох років; – позбавлення волі на той самий строк <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років.
	ч.2 ст. 365 ²	<ul style="list-style-type: none"> – обмеження волі на строк до п'яти років; – позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.
	ч.3 ст. 365 ²	<ul style="list-style-type: none"> – позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років <ul style="list-style-type: none"> • з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років; • з конфіскацією майна або без такої.

6. ст. 365³ – позбавлення волі на строк від шести до восьми років
- з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років
7. ч. 1 ст. 366 – штраф від двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк до трьох років,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
- ч. 2 ст. 366 – позбавлення волі на строк від двох до п'яти років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років,
 - зі штрафом від двохсот п'ятдесяти до семи сот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян
8. ч. 1 ст. 366² – штраф від трьох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– громадські роботи на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин;
– обмеження волі на строк до двох років,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
- ч. 2 ст. 366² – штраф від чотирьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– громадські роботи на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин;
– обмеження волі на строк до двох років;
– позбавлення волі на той самий строк,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років

9. ст. 366³ – штраф від двох тисяч п'ятисот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– громадські роботи на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин;
– обмеження волі на строк до двох років;
– позбавлення волі строком на один рік,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
10. ч. 1 ст. 367 – штраф від двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– виправні роботи на строк до двох років;
– обмеження волі на строк до трьох років,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
- ч. 2 ст. 367 – позбавлення волі на строк від двох до п'яти років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
 - та зі штрафом від двохсот п'ятдесяти до семи сот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або без такого
11. ч.1 ст. 368 – штраф від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– арешт на строк від трьох до шести місяців;
– позбавлення волі на строк від двох до чотирьох років,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
- ч.2 ст. 368 – позбавлення волі на строк від трьох до шести років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років

- ч.3 ст. 368 – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років,
 - з конфіскацією майна
- ч. 4 ст. 368 – позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років,
 - з конфіскацією майна
12. ч. 1 ст. 368³ – штраф від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– громадські роботи на строк від ста до двохсот годин;
– обмеження волі на строк до двох років;
– позбавлення волі на той самий строк
- ч. 2 ст. 368³ – штраф від двох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк до чотирьох років;
– позбавлення волі на той самий строк
- ч. 3 ст. 368³ – штраф від двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– виправні роботи на строк до двох років;
– арешт на строк до шести місяців;
– обмеження волі на строк до трьох років;
– позбавлення волі на той самий строк,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до двох років
- ч. 4 ст. 368³ – позбавлення волі на строк від трьох до семи років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років,
 - з конфіскацією майна

13. ч. 1 ст. 368⁴ – штраф від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– громадські роботи на строк від ста до двохсот годин;
– обмеження волі на строк до двох років;
– позбавлення волі на той самий строк
- ч. 2 ст. 368⁴ – штраф від двох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк до чотирьох років;
– позбавлення волі на той самий строк
- ч. 3 ст. 368⁴ – штраф від двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– виправні роботи на строк від одного до двох років;
– арешт на строк до шести місяців;
– обмеження волі на строк від двох до п'яти років;
– позбавлення волі на той самий строк,
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
- ч. 4 ст. 368⁴ – позбавлення волі на строк від чотирьох до восьми років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років,
 - з конфіскацією майна
14. ст. 368⁵ – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років
- з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років
15. ч. 1 ст. 369 – штраф від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк від двох до чотирьох років;
– позбавлення волі на той самий строк

- ч. 2 ст. 369 – позбавлення волі на строк від трьох до шести років
- із *штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян*,
 - з *конфіскацією майна* або без такої
- ч. 3 ст. 369 – позбавлення волі на строк від чотирьох до восьми років
- з *конфіскацією майна* або без такої
- ч. 4 ст. 369 – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років
- з *конфіскацією майна* або без такої
16. ч. 1 ст. 369² – штраф від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк від двох до п'яти років;
– позбавлення волі на строк до двох років
- ч. 2 ст. 369² – штраф від двох тисяч до п'яти тисяч п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– позбавлення волі на строк від двох до п'яти років
- ч. 3 ст. 369² – позбавлення волі на строк від трьох до восьми років
- з *конфіскацією майна*
17. ч. 1 ст. 369³ – штраф від двохсот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк від одного до трьох років;
– позбавлення волі на строк до трьох років
- ч. 2 ст. 369³ – обмеження волі на строк від двох до п'яти років;
– позбавлення волі на той самий строк
- ч. 3 ст. 369³ – штраф від двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
– обмеження волі на строк від двох до п'яти років;
– позбавлення волі на той самий строк
- 18 ч. 1 ст. 370 – обмеження волі на строк до п'яти років;
– позбавлення волі на строк від двох до п'яти років,
- та зі *штрафом від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян*
- ч. 2 ст. 370 – позбавлення волі на строк від трьох до семи років
- та зі *штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян*

Із такого аналізу можна зробити такі висновки:

– у розділі XVII Особливої частини КК України було лише два кримінальні проступки: посягання передбачені ч. 1 ст. 366² та ст. 366³ КК України. Поява їх у тексті КК завдячує критиці Конституційним Судом України «надмірної» караності кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366¹ КК України, визначного ним же неконституційним. Законодавець, повернувши у КК відповідні норми не наважився встановити за вчинення відповідних правопорушень більш суворих санкцій. Щоправда ситуація змінилася 29 червня 2021 року, коли було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування». З цього часу у розділі XVII Особливої частини КК України містяться лише злочини різного ступеня тяжкості;

– арсенал покарань, який є в суду для обрання адекватної та справедливої міри правообмежень є достатньо обширним. Практично всі санкції є альтернативним та, зрозуміло, відносно визначеними;

– караність кримінальних правопорушень, які вчиняються публічними службовими особами є істотно вищою порівняно із аналогічним посяганнями, які вчиняються приватними службовими особами або особами, які надають публічні послуги, чим законодавець, напевно, підкреслює більшу значимість публічної сфери довіри до управлінців;

– розміри покарань, визначених у санкціях статей у абсолютній більшості випадків відповідають розмірам для відповідних покарань, визначених у статтях Загальної частини КК України. Виняток становить лише санкція ч. 1 ст. 365² КК України, яка передбачає як додаткове покарання позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років, що не відповідає положенням ст. 55 КК України;

– дещо дивним видається можливість призначення за деякі кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг (ч. 1 ст. 367,

ч. 3 ст. 368³, ч. 3 ст. 368⁴ КК) виправних робіт, особливо у поєднанні із обов'язковим додатковим покаранням позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Як це може реально сполучатися на практиці, якщо відповідно до ст. 57 КК виправні роботи відбуваються за місцем роботи засудженого?

Достатня суворість санкцій, особливо за кримінальні правопорушення, які можуть вчинятися публічними службовими особами, частково нівелюється практикою призначення покарань судами України.

З метою обмеження дискреції суду у питанні визначення форм кримінальної відповідальності за звільнення від неї за вчинення корупційних кримінальних правопорушень та кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією, законодавець, по перше, включив це поняття до тексту КК, по друге, у всі норми, які встановлювали пом'якшення долі особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (інститут звільнення від кримінальної відповідальності та інститут звільнення від покарання та його відбування) імплементували обмеження «крім корупційних кримінальних правопорушень та кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією». Тим самим законодавець істотно обмежив можливості застосування такої форми кримінальної відповідальності як осуд із призначенням покарання але із звільненням від його відбування, або пом'якшенням його у ході відбування із передбачених у КК підстав. Щодо відповідних кримінальних правопорушень, визначених у примітці до ст. 45 КК України, таке звільнення та пом'якшення не можливе. Правда «гнучка» українська судова практика знаходить шпаринки і у цій імперативній забороні. Так, відомою є дискусія щодо можливості застосування до корупційних кримінальних правопорушень звільнення від відбування покарання з випробуванням на підставі ч. 2 ст. 75 КК України із використанням процесуального інституту угоди про визнання вини. Не зважаючи на те, що автор цього посібника не підтримує такого законодавчого вирішення проблеми протидії корупції, однак, як видається, практична реалізація звільнення від покарання з випробуванням на підставі угоди, не відповідає меті кримінально-правового регулювання відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення

і є неправомірним. Судова практика у цьому аспекті проаналізована і у наукових джерелах¹¹⁴.

Суворість заходів кримінальної відповідальності, які повинні відповідно до закону застосовуватись до осіб, винних у вчиненні корупційних кримінальних правопорушень, неможливість звільнення таких осіб від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування, з одного боку спрямовані на попередження відповідного виду кримінально-протиправної поведінки, що, на думку законодавця, цілком природно. З другого ж боку, така суворість заходів спонукає учасників відповідних правовідносин, вишукувати й інші шпаринки для уникнення такої суворості відповідальності (наприклад, перекваліфікація пасивного підкупу на шахрайства, а зловживання можливостями спеціального статусу на службову недбалість).

¹¹⁴ Зеленов Г. М., Кваша О. О. Недоліки судової практики в частині звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення корупційних злочинів. *Судебно юридическая газета*. 28.12.2020 р. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/188728-nedoliki-sudovoyi-praktiki-v-chastini-zvlnennya-vid-vidbuvannya-pokarannya-z-viprobuvannyaam-za-vchinennya-koruptsiynikh-zlochiviv?fbclid=IwAR3NlrzN87jnSekBCdm1LGusqmK9CdcsvdoU3c3p9yuzwkpCGsaRkaeccd9w>

ЗАМІСТЬ ВИСНОВКУ

Декілька років тому Львівський університет відвідала екс федеральний прокурор Північного округу штату Каліфорнія (США) Марта Берш (*Martha Boersch*), яка у свій час підтримувала державне обвинувачення у справі колишнього Прем'єр-міністра України Павла Лазаренка. Під час підготовки до цього провадження вона вивчала українське кримінальне законодавство і надала свою його оцінку станом на розгляд цієї справи у американському суді (2006 рік) як цілком достатньої правової підстави протидії корупції у нашій державі. Таким чином, проблеми протидії кримінальним правопорушенням у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг ніколи не лежали і не лежать у площині якості кримінального законодавства. Шукати і вирішувати їх потрібно в інших місцях та інституціях і, якщо вже втручатися у кримінально-правове регулювання протидії відповідним посяганням, то робити це максимально обережно, не створюючи дійсних та потенційних правозастосовних проблем та прогалин, не порушуючи системності правових норм.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ТА РЕКОМЕНДОВАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Авраменко О. В. Поняття істотної шкоди як наслідку злочинів у сфері службової діяльності. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 1. С. 209–216.
2. Акулова Н. В. Загальна характеристика злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини Кримінального кодексу України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. № 18. Том 2. С. 115–117.
3. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / [О. В. Калітенко, Д. О. Калмиков, І. Б. Коліушко та ін.]; за заг. Ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. 366 с.
4. Андрієшин В. В. Структуризація об'єктів злочинів, які вчиняються службовими особами. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2019. № 42. Том 2. С. 110–114.
5. Анісімов Г. М. Зловживання довірою як спосіб вчинення злочину: поняття і кримінально-правове значення. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук зі спеціальності 12.00.08. Харків: Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2003. 21 с.
6. Антипов В. В. Щодо «випадкової декриміналізації» злочинів у сфері службової діяльності. *Новітні кримінально-правові дослідження*. Розділ I Сучасні тенденції криміналізаційних (декриміналізаційних) процесів. 2015. С. 9–13.
7. Березнер В. В. Об'єкт підкупу працівника підприємства, установи чи організації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. Випуск 35. Частина I. Том 3. С. 47–54.
8. Богацька М. М., Ковальська В. В. Узагальнення практики розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення та деякі злочини, передбачені розділом XVII Кримінального кодексу України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг» у 2013 році. *Судова практика*. 2014. № 3(36). С. 126–149.

9. Бондаренко О.С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2016. 290 с.
10. Бондаренко О.С. аналіз понятійного аспекту «безпредметних злочинів» у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2014. № 9–2. Том 2. С. 57–59.
11. Бондаренко О. Предмет службених преступлений в государствах континентальной правовой семьи. *Legea si viata*. 2014. Iunie. С. 13–16.
12. Бутович О. Рівень, структура і динаміка злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 36–42
13. Вартилицька І.А., Безпалько С. В. Об'єкт злочинів, що вчиняються у сфері документообігу особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2016. № 1(6). С. 259–268.
14. Гора Р. М. Кримінальна відповідальність за зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Харків: Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса, 2019. 208 с.
15. Горбачев Д. М. Сучасні тенденції реформування розділу XVII Кримінального кодексу України. *Кримінальне право та кримінологія*. 2013. С. 322–326.
16. Городецький Ю. В. Проблеми тлумачення істотної шкоди як ознаки злочинів у сфері службової діяльності. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2016. № 2(7). С. 221–237.
17. Горпинюк О. П. Деякі шляхи вдосконалення кримінально-правових норм про корупційні злочини та інші посягання, пов'язані зі службовим зловживанням. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2016. № 2. С. 275–282.
18. Громко В. Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, яка обтяжує відповідальність за кримінальним правом України. Автореферат дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія;

- кримінально-виконавче право. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2015. 20 с.
19. Громко В. Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, яка обтяжує відповідальність за кримінальним правом України. Дисертація ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2015. 224 с.
20. Громко В. Я. Загальні ознак службової особи як спеціального суб'єкта за кримінальним правом України. *Науково-інформаційний вісник. Право*. 2015. № 11. С. 181–188.
21. Дудоров О. О., Коломоєць Т. О., Кушнір С. М., Макаренков О. Л. Загально-теоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: Монографія. Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2019. 476 с.
22. Дудоров О. О. Зеленов Г. М. Правова еквілібристика, або про відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень. *Вісник Запорізького національного університету*. 2012. № 1(I). С. 92–99.
23. Дудоров О. О. Про законодавче втілення ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах. *Новітні кримінально-правові дослідження. Розділ VI Кримінальне право і системі міжпредметних зв'язків*. 2015. С. 247–252.
24. Дудоров О., Навроцький В., Хавронюк М. Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків та детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Київ, 2019. 168 с.
25. Дудоров О. О. Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці. *Юридична Україна*. 2019. № 5. С. 24–35.
26. Дудоров О. О. Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 202. № 2(14). С. 14–56.
27. Дячкін О. П. Зловживання службовими повноваженнями: суспільна небезпечність і кримінальна відповідальність. *Право і суспільство*. 2012. № 3. С. 179–185.
28. Желік М. Б. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: кримінально-правова характеристика. Дис. ...к.ю.н.

- 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Львів: Національний університет «Львівська політехніка», 2018. 258 с.
29. Житний О. О., Ключко А. М. Деякі проблеми звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка засуджується за корупційний злочин. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2017. Випуск 24. С. 111–114.
 30. Загиней З. Окремі недоліки нормотворчої техніки розділу XVII Особливої частини КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» та їх вплив на тлумачення кримінально-правових норм. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2013. № 4. С. 39–43.
 31. Задорожний А. А. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері службової діяльності. *Право і безпека*. 2012. № 2(44). С. 105–111.
 32. Задоя К. Висновок щодо узгодженості між собою положень Кримінального кодексу України, Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Київ: ЦППР, 2019. 18 с.
 33. Задоя К. Узагальнення проблем застосування законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини. Київ: ЦППР, 2019. 32 с.
 34. Задоя К. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Київ: ЦППР, 2019. 27 с.
 35. Здерник І. В. Працівник правоохоронного органу як суб'єкт злочину. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2020. 228 с.
 36. Кашкаров О. О. Система службових злочинів за чинним кримінальним кодексом України. *Держава і регіони. Серія: Право*. 2013. № 4(42). С. 103–106.
 37. Кісілюк Е. М., Лановенко К. С. Оціночні поняття і злочинах у сфері службової діяльності. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2011, № 24. С. 101–107.
 38. Коваленко В. П. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, вчинене працівником правоохоронного органу. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія;

- кримінально-виконавче право. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. 233 с.
39. Коваленко А. В. Мотиви зловживання службовим становищем працівниками органів внутрішніх справ. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 1. С. 477–483.
 40. Комар В. В. Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2020. 267 с.
 41. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. 464 с.
 42. Косаняк С. С. Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: окремі проблемні аспекти притягнення до кримінальної відповідальності. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 4. С. 270–281.
 43. Куцкір Г. М. Експерт як спеціальний суб'єкт злочинів у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Випуск 4(13). С. 107–110.
 44. Макотченко Л. М. Детермінація перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2019. № 2. С. 162–166.
 45. Максимович Р. Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: Монографія. Львів: ЛьвДУВС, 2007. 272 с.
 46. Михайленко Д. Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи: Монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. 582 с.
 47. Михайленко Д. Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні. Дис. ...д.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2018. 532 с.
 48. Михайленко Д. Г. Кваліфікація корупційних злочинів: Навчально-методичний посібник. Одеса: Юридична література, 2013. 136 с.
 49. Михайленко Д. Г. Загальні властивості злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Електронний ресурс. 27 с.

50. Михайленко Д. Г. Поняття та структура об'єкта злочинів у сфері службової діяльності. *Актуальні проблеми держави і права*. 2013. Вип. 67. С. 521–531.
51. Михайленко Д. Г. Поняття об'єкту злочинів у сфері службової діяльності. Електронний ресурс. 4 с.
52. Назимко Є. С., Філонов В. В. Види і конструктивні особливості санкцій за злочини у сфері службової діяльності. *Право і суспільство*. 2012. № 1. С. 233–238.
53. Науменко Ю. О. Еволюція кримінально-правових норм, що регулюють питання кримінальної відповідальності у сфері службової діяльності. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 5. С. 158–163.
54. Науменко Ю. О. Деякі кримінально-правові аспекти кваліфікації злочину, передбаченого статтею 364 Кримінального кодексу України в контексті законодавчих змін. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 3. С. 196–198.
55. Науменко Ю. О. Розвиток кримінально-правових норм, що регулюють питання кримінальної відповідальності у сфері службової діяльності в радянську добу (1918–1960 рр.). *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2017. Випуск 1. Том. 2. С. 115–118.
56. Ніколенко Р. О. Кримінально-правова протидія зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2018. 224 с.
57. Ніколенко Р. О. Підстави декриміналізації окремих видів професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Право і суспільство*. 2018. № 5. Частина 2. С. 195–199.
58. О двадцати принципах борьбы с коррупцией. Резолюция (97) 24 Комитета министров Совета Европы. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_845#Text
59. Огерук І. С. Порівняльний аналіз кримінального законодавства України та Грузії у сфері службової діяльності. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького: Журнал. Серія Право*. 2017. № 4(16). С. 170–175.
60. Осадча А. С. Службові особи і особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, як спеціальні суб'єкти

- злочину: аналіз законодавчих новел. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2013. № 2 (13). С. 251–260.
61. Пашук А. І. Об'єкт складу злочину «Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень». *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2018. Вип. 7. С. 192–199.
62. Письменський Є. О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем: проблеми, тенденції, перспективи. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2017. № 2(16). С. 102–120.
63. Плекан В. В. Кримінальна відповідальність за посередництво у наданні та (або одержанні) неправомірної вигоди. Автореферат дис... к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, 2016. 21 с.
64. Політова А. С. Зловживання владою або службовим становищем: корупційний злочин чи злочин у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка*. 2017. № 2(78). С. 136–145.
65. Пчеліна О. В. Особа злочинця як елемент криміналістичної характеристики злочинів к сфер службової діяльності. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 2(89). С. 145–156.
66. Пчеліна О. В. Поняття злочинів у сфері службової діяльності. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2014. № 10-1. Том 2. С. 86–89.
67. Рак С. В. Форма та зміст суспільно небезпечного діяння при вчиненні службової діяльності. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2017. № 29. Том 2. С. 92–96.
68. Рак С. В. Істотна шкода як ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 367 КК України. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2016. Вип. 2. С. 202–217.
69. Рак С. В. Щодо визначення об'єкта злочину, передбаченого ст. 367 Кримінального кодексу України. *Форум права*. 2017. № 4. С. 219–226.
70. Рак С. В. Кримінальна відповідальність за службову недбалість. Автореферат дис... к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Харків: Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені Академіка В. В. Сташиса, 2019. 20 с.

71. Ромців О. І. Особливості способів вчинення посадових злочинів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2014. № 8. С. 264–267.
72. Слуцька Т. І. Об'єкт посягання перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України). *Юриспруденція. Теорія і практика*. С. 28–36.
73. Ступа В. Ф. Специфічні риси службової недбалості як злочинного явища. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Випуск 2(27). С. 152–156.
74. Ступа В. Ф. Службова недбалість: кримінально-правова та кримінологічна характеристика. Автореферат дис... к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2020. 20 с.
75. Тютюгін В. І., Гродецький Ю. В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг: загальна характеристика. *Вісник Асоціації кримінального права*. 2015. № 1(4). С. 272–295.
76. Федоренко М. С. Форми та способи перевищення влади або службових повноважень співробітниками правоохоронних органів. *Теорія та практика судової експертизи та криміналістики*. Випуск 18. С. 122–134.
77. Фоменко Е. В. Подкуп должностных лиц: современное состояние законодательства и правоприменительной практики. Москва: ВГУЮ, 2016. 144 с.
78. Харлов О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері службової діяльності. *Міжнародний юридичний вісник: збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України*. 2016. Вип. 2(4). С. 163–168.
79. Хмиз М. В. Кримінальна відповідальність за вимагання неправомірної вигоди. Дисертація доктора філософії за спеціальністю 081 Право. Виконана у Львівському національному університету імені Івана Франка, 2020. 252 с.
80. Худякова Н. Ю. Кримінально-права характеристика службової недбалості. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2013. 255 с.
81. Царев Е. В. Уголовное законодательство об ответственность за халатность: история, современность, перспективы развития. Автореферат дис... к.ю.н. 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право. Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2009. 32 с.

82. Черобедов С. С. Злоупотребление полномочиями по российскому уголовному праву. Автореферат дис... к.ю.н. 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право. Москва: МГЮА, 2008. 24 с.
83. Чернега Ю. О. Відповідальність а підкуп за кримінальним правом України. Дисертація на здобуття наукового ступеня к.ю.н. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2019. 226 с.
84. Чирков А. П. Совершение преступлений с использованием своего служебного положения. Электронный ресурс. 4 с.
85. Чугуніков І. І. Мета одержання неправомірної вигоди як обов'язкова ознака зловживання владою або службовим становищем. *Правові новели. Науковий юридичний журнал*. 2020. № 10. С. 254–268.
86. Шаблистий В. В. Безвідповідальні зловживання та перевищення влади, службова недбалість: що далі? *Часопис Київського університету права*. 2017. № 1. С. 287–291.
87. Ярмиш Н. М. Щодо відповідності поняттю корупційного правопорушення злочинів, передбачених статтею 45 Кримінального кодексу України. *Юридичний вісник*. 2015. № 3(36). С. 158–162.
88. Ярош В. В. Кримінально-правові санкції за злочини у сфері службової діяльності. Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ: Національна академія прокуратури України, 2013. 225 с.
89. Ярошенко О. Д. Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України). Дис. ...к.ю.н. 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2013. 267 с.
90. Ясінь І. М. Родовий та безпосередній об'єкти складу незаконного збагачення (ст. 368-2 КК України). *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 3. С. 396–379.
91. Яциніна М.-М. Об'єкт зловживання владою, службовим становищем або повноваження за КК України. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2016. Вип. 62 С. 184–191.
92. Яциніна М.-М. С. Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України (ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України). Дисертація на здобуття наукового ступеня к.ю.н. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2021. 246 с.

Навчальне видання

ОЛЕКСАНДР КОСТЯНТИНОВИЧ МАРІН

**ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ
ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ
У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ
ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ,
ПОВ'ЯЗАНОЇ ІЗ НАДАННЯМ
ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ**

НАВЧАЛЬНИЙ ПОСІБНИК

*Підготовлено до друку ВД «Дакор»
Друкується в авторській редакції*

Підписано до друку __.__.2021. Гарнітура BookmanC. Формат 60×84 1/16.
Папір офсетний. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 12,95. Обкл.-вид. арк. 12,04. Наклад __ прим.



ТОВ «ВД «Дакор»
Свід. ДК № 4349 від 05.07.2012
☎ (044) 461-85-06; ✉ vd_dakor@ukr.net 🌐 www.dakor.kiev.ua
📍 04073, м. Київ, просп. Степана Бандери, 8