



УДК 343.3/.7

DOI <https://doi.org/10.32703/2663-6352/2023-2-14-141-147>

ORCID ID 0000-0002-8180-0960

**Киренко Сергій Георгійович,**

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного та кримінального права

юридичного факультету

Інституту управління, технологій та права

Державного університету інфраструктури та технологій

м. Київ, Україна

### ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ ПОСЯГАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ВИКОРИСТАННЯМ СТАТУСУ СУБ'ЄКТА

**Анотація.** У статті розглядаються питання кримінально-правової боротьби з посяганнями, які характеризуються використанням суб'єктами свого статусу при вчиненні ними окремих кримінальних правопорушень. Автор звертає увагу на проблеми законодавчого та правозастосовного характеру, які існують у цій сфері, та пропонує можливі шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** кримінальне правопорушення, диспозиція, суб'єкт, кримінальна відповідальність, кваліфікація.

**Annotation.** The article deals with issues of criminal law combating encroachments, which are characterized by the subjects' use of their status when they commit certain criminal offenses. The author draws attention to the legislative and law-enforcement problems that exist in this area and offers possible ways to solve them. It is proposed to withdraw from the disposition part 1 of Art. 364 of the Criminal Code of Ukraine indicating the purpose of obtaining an illegal benefit, replacing it with the words "in personal interests or in the interests of another natural or legal entity." The indication of the purpose of unlawful gain should also be removed from the dispositions of Art. 364-1, 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, replacing it respectively with the words "in personal interests or in the interests of other persons" (Part 1 of Article 364-1), "in personal interests" (Part 1 of Article 365-2). It is proposed in clauses 3 and 4 of the Notes to Art. 364 of the Criminal Code of Ukraine to note (as was the case in the previous version of the article) that material damages are only a type of substantial damage or grave consequences of the actions provided for there. The author also suggests that article 365 of the Criminal Code of Ukraine be called "Exceeding power or official powers", providing in part 1 of the article that an official is the subject of a criminal offense, and among the qualifying features provided for in part 2 of the article, to indicate the commission of such actions by an official a person of a law enforcement agency. A new version of Art. 370 of the Criminal Code of Ukraine: "1. Provocation of bribery, i.e. inciting a person to offer, promise or give an improper advantage or accept an offer, promise or receive such an advantage, as well as a request to provide an improper advantage, in order to then expose the person who offered, promised, gave an improper advantage or accepted the offer, a promise, received or asked for such a benefit, other deliberate creation of circumstances and conditions aimed at encouraging a person to commit actions related to an illegal benefit, with the aim of his subsequent exposure, is punishable... 2. Provocation of bribery committed by an official, - shall be punished... 3. Provocation of bribery committed by an official of law enforcement agencies shall be punished. .

*Key words: criminal offense, disposition, subject, criminal responsibility, qualification.*

**П**остановка проблеми. Проведення державою ефективної кримінально-правової політики вимагає наявності відповідної законодавчої бази, яка враховує різноманітні нюанси кримінальних правопорушень, за вчинення яких передбачена кримінальна відповідальність. У цьому ракурсі особливо важливого значення набуває боротьба з посяганнями, при вчиненні яких суб'єкти кримінальних правопорушень використовують можливості, якими вони наділені відповідно до свого статусу (службові особи, особи, які надають публічні послуги, та ін.), що свідчить про підвищений рівень суспільної небезпеки як вчинених діянь, так і осіб, що їх вчинили. Аналіз чинного кримінального законодавства України та правозастосовної практики свідчить про наявність істотних проблем у сфері кримінально-правової боротьби з такого роду випадками. Так, Кримінальний кодекс (далі КК) України у ряді статей (наприклад, 364, 364-1 та ін.) не завжди враховує специфічні особливості суспільно небезпечних діянь, за які передбачає відповідальність, що не дає можливості надати їм адекватну кримінально-правову оцінку; обмеження суб'єктного складу такого кримінального правопорушення як перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України) виключно працівниками правоохоронних органів дозволяє уникати кримінальної відповідальності у випадках вчинення такого роду діянь величезному колу службових осіб, які не є працівниками правоохоронних органів. Зрозуміло, що така ситуація потребує виправлення, що, у свою чергу, передбачає внесення необхідних змін до чинного кримінального законодавства України.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Питанням кримінально-правової боротьби з різноманітними посяганнями, пов'язаних, зокрема, з особливостями спеціальних суб'єктів, приділяли увагу такі дослідники як М.І. Бажанов, О.О. Дудоров, М.І. Мельник, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк та ін., проте залишається ряд проблем, пов'язаних зі змінами кримінального законодавства і необхідністю адекватного реагування на це з боку правозастосувачів, з не завжди коректним формулюванням складів окремих кримінальних правопорушень, які, зрозуміло, потребують свого вирішення.

**Метою дослідження** є розробка пропозицій по вдосконаленню чинного кримінального законодавства України та правозастосовної практики у сфері боротьби з кримінальними правопорушеннями при вчиненні яких суб'єкти використовують можливості, пов'язані зі своїм статусом у суспільстві.

**Виклад основного матеріалу.** Диспозиція ч. 1 ст. 364 КК України передбачає відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання 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. Характеризуючи чинну редакцію статті та порівнюючи її з попередньою редакцією, М.І. Мельник звертає увагу на істотне звуження меж кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем і справедливо зазначає, що: «...Законом №746-VII від 21.02 2014 було змінено законодавче описання суб'єктивних ознак кримінально караного зловживання владою або службовим становищем: замість корисливих мотивів чи інших особистих інтересів або інтересів третіх осіб, вчинення з яких це діяння вважалось злочином, як ознаку його суб'єктивної сторони було передбачено мету

одержання будь-якої неправомірної вигоди для службової особи чи іншої фізичної чи юридичної особи. Таким чином, злочин, передбачений ст. 364, із загального складу зловживання владою або службовим становищем фактично перетворився на своєрідне готування до одержання службовою особою неправомірної вигоди, відповідальність за яке встановлена у ст. 368. Крім того, Законом №1261- VII від 13.05.2014 зміст істотної шкоди як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони цього злочину в пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364 зведено лише до матеріальної шкоди, хоча згідно з диспозицією ч. 1 ст. 364, істотну шкоду може бути завдано не лише майновим, а й будь-яким охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. До цього часу істотна шкода могла полягати і в шкоді нематеріального характеру – заподіянні фізичної шкоди, порушенні конституційних прав та свобод людини і громадянина тощо. Наразі фізична шкода та шкода організаційного характеру, порушення прав громадян та законних інтересів юридичних осіб тощо як наслідки зловживання владою чи службовим становищем можуть визнаватися істотною шкодою як ознакою злочину, передбаченого ст. 364 лише у разі, коли вони піддаються грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягли встановленого законом мінімуму» [1, с. 1157].

З такою позицією важко не погодитись, тим більше що чинна редакція ст. 364 КК України взагалі не дозволяє надати адекватну кримінально-правову оцінку випадкам, коли, наприклад, міністр або директор підприємства, використовуючи своє становище, просують по кар'єрних сходинках родичів, друзів, коханок і т.п. або, навпаки, з мотивів особистої неприязні, помсти та ін. всіляко перешкоджають службовому просуванню певних осіб, створюють перепони позитивному вирішенню різноманітних питань, з якими до них звертаються громадяни, та ін.– їх не можна притягти до кримінальної відповідальності, оскільки у таких випадках у відповідних суб'єктів відсутня мета одержання неправомірної вигоди і які б наслідки таких дій не настали, ст. 364 на них не поширюється. Також чинна редакція ст. 364 КК України не дозволяє належно оцінювати випадки, коли певна службова особа використовує свої можливості, отримуючи у вигляді своєрідної «подяки» за це сексуальний контакт. Наприклад, якась жінка звертається до службової особи з певним проханням, обіцяючи за допомогу у його вирішенні дії сексуального характеру зі свого боку. Кваліфікувати це за ознаками неправомірної вигоди не можна, оскільки надання сексуальних послуг в нашій країні законодавством не регламентоване, відповідно вони не можуть підпадати під поняття «неправомірна вигода», адже згідно з Приміткою до ст. 364-1 КК України: у статтях 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 та 370 цього Кодексу, під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав. Таким чином, виникає парадоксальна ситуація: особа, використовуючи своє службове становище, задовольняє свої сексуальні потреби (що навряд чи можна назвати «діями в інтересах служби»), залишаючись недосяжною для закону. Для такої особи головне, щоб з її боку не було при цьому дій, що підпадають під ознаки примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК України), і тоді претензій з боку чинного КК до неї взагалі не може бути. Таку ситуацію не можна назвати нормальною. Слід також зазначити, що звуження змісту поняття «шкода» (згідно з вищезгаданою Приміткою до ст. 364 КК України) виключно грошовим виміром ускладнює оцінку випадків, коли, наприклад, внаслідок несумлінного ставлення слідчого до

своїх обов'язків, поведінка особи була ним неправильно кваліфікована і вона зазнала певних репресивних заходів: чи можна саме (або виключно) у грошах виміряти, наприклад, переживання людини в момент її затримання, день перебування такої особи у слідчому ізоляторі, стреси, які пережили близькі родичі і т.п.? Справа в тім, що ст. 367 КК України, передбачаючи відповідальність за службову недбалість, також (згідно з Приміткою до ст. 364) обмежується саме грошовим виміром заподіяної шкоди, а, отже, говорити у таких випадках про всебічну кримінально-правову оцінку вчиненого діяння не доводиться. Можливим виходом з такої ситуації є внесення змін зокрема до ст. 364 КК України з врахування положень її попередньої редакції, яка більше враховує специфіку відповідних посягань, і виключення мети одержання неправомірної вигоди як обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони складу цього кримінального правопорушення, а також розширення змісту терміну «шкода» у Примітці до ст. 364 КК України (положення якої стосуються і ряду інших статей КК) вказівкою не лише на її матеріальний вимір, а й на інші аспекти (як, до речі, і було у попередній редакції статті). Вказані моменти стосуються і таких статей КК України як ст. 364-1 («Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми») та ст. 365-2 («Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги»): в їх диспозиції потрібно внести зміни, виключивши мету одержання неправомірної вигоди як обов'язкову ознаку суб'єктивної сторони складів відповідних кримінальних правопорушень.

Окремої уваги заслуговує ст. 365 КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. Чинна редакція статті призводить до ситуації, коли службові особи, які не належать до працівників правоохоронних органів, перевищують свої повноваження (наприклад: вчиняють дії, які є компетенцією службової особи більш високого рівня; вчиняють одноосібно дії, які повинні бути вчинені колегіально; вчиняють дії, які ніхто не має права виконувати або дозволяти), уникаючи при цьому кримінальної відповідальності незалежно від розміру заподіяної такими діями шкоди. Така ситуація (як і у випадку зі ст. 364 КК України) є наслідком внесення до ст. 365 змін, які (на відміну від попередньої редакції статті, де суб'єктами могли бути різні службові особи) фактично призвели до неможливості ефективно протидіяти випадкам перевищення влади або службових повноважень за єдиним виключенням: якщо такі дії вчиняють саме працівники правоохоронних органів. виправити це можна лише внесенням нових змін до ст. 365 КК України, передбачивши у якості суб'єктів відповідних дій не лише працівників правоохоронних органів, а й інших службових осіб (передбачивши при цьому у ч. 2 статті вчинення таких дій працівником правоохоронного органу у якості кваліфікуючої ознаки кримінального правопорушення).

Важливого значення має боротьба з таким явищем як провокація підкупу, що неможливо без наявності відповідної кримінально-правової бази і ч. 1 ст. 370 КК України передбачає відповідальність за провокацію підкупу, тобто 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, а у ч. 2 статті кваліфікуючою ознакою кримінального правопорушення визнається вчинення цього діяння службовою особою правоохоронних органів. Як можна побачити, законодавець розуміє провокацію як спеціальний вид підбурювання до вчинення певного кримінального

правопорушення і такий підхід в цілому поширений серед дослідників: на це в різний час звертали увагу М.І. Бажанов [2, с. 210], М.І. Мельник [1, с. 1202] та ін. Проте В.І. Тютюгін, дотримуючись такої ж точки зору, звертає увагу на те, що провокація матиме місце і за відсутності ознак підбурювання, коли винний штучно створює умови для такого роду випадків, діючи при цьому потайки (лише натяками, поволі, нишком) [3, с. 413]. Аналізуючи різні аспекти провокації кримінального правопорушення, слід зазначити, що його зміст дещо ширший аніж просто підбурювання до його вчинення. Справа в тім, що при підбурюванні до вчинення кримінального правопорушення, конкретна особа (підбурювач) здійснює інформаційний вплив на іншого співучасника з метою схилити його до певної поведінки, при цьому всі вони чітко усвідомлюють характер такого впливу і його кримінально-протиправну спрямованість. Але ж схилити людину до певної поведінки можна й іншим чином, наприклад, створивши для неї складну ситуацію в житті і натякнувши (навіть необов'язково безпосередньо їй – головне, до неї дійшла потрібна інформація) на можливість вирішення проблеми шляхом надання або одержання неправомірної вигоди (при цьому така особа може взагалі не усвідомлювати від кого саме йде такий вплив). У такій ситуації підбурювання у розумінні ч. 4 ст. 27 КК України відсутнє, адже немає усвідомленої, адресної взаємодії між тим, хто схиляє і тим, кого схиляють до певної поведінки (тобто, відсутні ознаки співучасті). З цього приводу М.А. Шепотько справедливо зазначає, що у провокації підкupu відсутня спільність дій осіб, відсутній двосторонній суб'єктивний зв'язок, немає єдності умислу між провокатором та спровокованою особою [4, с. 208-209]. Таким чином, під провокацією підкupu слід розуміти як підбурювання до вищевказаних дій, так й інше свідоме створення обставин і умов, спрямованих на спонукування особи до вчинення дій, пов'язаних з неправомірною вигодою, з метою її наступного викриття.

Необхідно також зазначити, що чинна редакція ст. 370 КК України здатна викликати певні проблеми при її застосуванні. Розглянемо, наприклад, таку ситуацію. Особа (яка не є службовою) з різних причин бажаючи «підставити» свого начальника і знаючи, що той любить дорогі «подарунки» (у тому числі і в грошовій формі) за вирішення різних питань, звертається до правоохоронних органів із заявою, що цей начальник вимагає в неї неправомірну вигоду (гроші) за вирішення певних проблем, які виникли у неї по роботі (насправді ж ніякого вимагання немає). Як оцінювати ситуацію, якщо цей начальник (підкоряючись своїй корисливій сутності) візьме запропоновані вказаною особою з відома правоохоронних органів гроші як неправомірну вигоду? Він в будь-якому випадку повинен відповідати згідно з положеннями ст. 368 КК України, але ж фактично перед нами ніщо інше ніж провокація підкupu, причому, в першу чергу, з боку звичайної, не службової особи, адже саме вона ініціювала дії з метою «викриття» начальника. Видається, що більш справедливим з кримінально-правової точки зору буде встановлення кримінальної відповідальності за провокацію підкupu не лише для службових осіб, а й для звичайних людей (не можна також виключати ситуацію, коли людина шляхом, наприклад, натяків може спровокувати певну особу на прохання надання неправомірної вигоди, щоб, зафіксувавши цю подію на різні технічні пристрої з метою її наступного викриття, поширити інформацію про це серед інших людей). Такий підхід більше враховує всю складність цього явища і не випадково В.О. Веретянников наголошує на тому, що: «...відповідальність за провокацію хабарництва повинна мати універсальний характер з позиції тлумачення ознак суб'єкта цього злочину. Специфіка кваліфікації провокації повинна цілком охоплювати як працівників

правоохоронних органів, які провокують службових осіб з метою їх подальшого викриття, так і приватних осіб, які вдаються до таких методів «розправи» проти своїх «ворогів» [5, с. 113-114]. На необхідність впровадження кримінальної відповідальності загального суб'єкта за провокацію підкупу цілком правильно звертає увагу і М.А. Шепетько [6].

Також виникає питання кримінально-правової оцінки дій правоохоронців, які у вищевказаному випадку повірили неправдивій заяві. Так, встановлення того факту, що інформація, що міститься в заяві, не відповідала дійсності, є підставою для притягнення відповідної особи до відповідальності згідно з положеннями ст. 383 КК України («Завідомо неправдиве повідомлення про вчинення кримінального правопорушення»), але ж виходить, що без дій правоохоронців вищевказаний начальник не одержав би гроші, а відтак – чи можна, виходячи виключно з положень ст. 370 КК України, однозначно стверджувати, що в їх діях немає ознак провокації підкупу?

Розглянемо інший випадок, Службова особа вимагає у громадянина певну неправомірну вигоду (гроші). Громадянин звертається до правоохоронних органів, але під час проведення операції по викриттю «хабарника», ця службова особа, запідозривши «підставу», гроші не взяла, жодним чином взагалі не підтвердила факт, що вона чогось хотіла у цьому плані, і взагалі розіграла виставу з серії: «Що Ви собі дозволяєте?! Це провокація! Я зараз викличу поліцію (СБУ, ДБР)!». У такому випадку її взагалі нема за що притягати до відповідальності. А якщо при цьому, беремо крайній випадок, правоохоронці себе якось викрили, то чи не буде вже у неї підстав вимагати притягнення їх до відповідальності за ч. 2 ст. 370 КК України (особливо якщо вона, наприклад, дійсно звернеться до ДБР щодо неправомірних дій співробітників поліції, які шляхом використання конкретного громадянина намагалися спровокувати її на одержання неправомірної вигоди)? Формально підстави для цього (виходячи виключно зі змісту ст. 370 КК України) можуть бути, хоча реально провокації як такої не було. Для уникнення такого роду непорозумінь, автор у свій час вже звертав увагу на необхідність доповнення ст. 370 КК України окремою Приміткою, спрямованою на захист службових осіб правоохоронних органів при проведенні ними відповідних заходів по викриттю хабарників [7, с. 31]. З урахуванням теперішньої ситуації, така Примітка може бути викладена наступним чином: «Не є провокацією підкупу заходи, що вживаються службовою особою правоохоронних органів для викриття випадків, пов'язаних з одержанням чи наданням неправомірної вигоди».

**В**исновки. Таким чином, з метою вдосконалення кримінального законодавства та правозастосовної практики у сфері боротьби з посяганнями, пов'язаними з використаннями суб'єктами кримінальних правопорушень можливостей, якими вони наділені відповідно до свого статусу, необхідно:

1. Диспозицію ч. 1 ст. 364 КК України викласти у наступній редакції: «Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, в особистих інтересах або в інтересах іншої фізичної чи юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним інтересам або інтересам юридичних осіб». Вказівку на мету одержання неправомірної вигоди також слід вилучити з диспозицій ст.ст. 364-1, 365-2 замінивши її відповідно словами «в особистих інтересах або в інтересах інших осіб» (ч. 1 ст. 364-1), «в особистих інтересах» (ч. 1 ст. 365-2).

2. У п. 3 і 4 Примітки до ст. 364 КК України зазначити (як було у попередній редакції статті), що матеріальні збитки є лише різновидом істотної шкоди чи тяжких наслідків передбачених там діянь.
3. Статтю 365 КК України назвати «Перевищення влади або службових повноважень», передбачивши у ч. 1 статті в якості суб'єкта кримінального правопорушення службову особу, а серед кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 статті, вказати на вчинення таких дій службовою особою правоохоронного органу.
4. Статтю 370 КК України викласти у наступній редакції: «1. Провокація підкупу, тобто підбурювання особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, а так само на прохання надати неправомірну вигоду, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку, одержав або прохав таку вигоду, інше свідоме створення обставин і умов, спрямованих на спонукання особи до вчинення дій, пов'язаних з неправомірною вигодою, з метою її наступного викриття, - карається... 2. Провокація підкупу, вчинена службовою особою, - карається.... 3. Провокація підкупу, вчинена службовою особою правоохоронних органів, - карається.. Примітка: «Не є провокацією підкупу заходи, що вживаються службовою особою правоохоронних органів для викриття випадків, пов'язаних з одержанням чи наданням неправомірної вигоди».

#### Література

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. К.: ВД «Дакор», 2019. 1384 с.
2. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ-Харків: Юрінком Інтер – Право, 2002. – 416 с.
3. Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ-Харків: Юрінком Інтер – Право, 2002. – 496 с.
4. Шепотько М.А. Щодо встановлення сутності провокації підкупу. *Право і суспільство*. 2021. № 1. С. 204-210.
5. Веретянников В.О. Ознаки суб'єкта провокації підкупу: деякі питання кваліфікації та правозастосування. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2021. № 2 (119). С. 113-120.
6. Шепотько М.А. Кримінальна відповідальність за провокацію підкупу: дис...доктора філос. / Шепотько, Марина Андріївна; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2022. 239 с.
7. Киренко С.Г. Проблеми боротьби з організованою злочинністю та корупцією в Україні. *Юриспруденція: теорія і практика*. 2007. № 7 (33). С. 26-36.