

УДК 343.2

DOI <https://doi.org/10.32836/2521-6473-2019-2-165-170>

Е. О. Скубак, аспірант
кафедри юридичної психології
Національної академії внутрішніх справ

КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ АНАЛІЗ СУТНОСТІ ЗЛОВЖИВАННЯ ПОСАДОВИМ (СЛУЖБОВИМ) СТАНОВИЩЕМ У ЗАКОРДОННІЙ ТА ВІТЧИЗНЯНІЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ НАУЦІ

У даній статті здійснено компаративістський аналіз сутності зловживання посадовим (службовим) становищем у закордонній та вітчизняній кримінально-правовій науці. Встановлено, що кримінальна відповідальність за зловживання посадовим (службовим) становищем під час виконання своїх функцій настає за певні конкретні злочини, що передбачені особливою частиною Кримінального кодексу України. Визначено, що в кримінальному законодавстві закордонних країн практично немає різниці між зловживання владою або службовим становищем та перевищенням влади або службових повноважень.

Ключові слова: зловживання посадовим (службовим) становищем; злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності; корупція; кримінальна відповідальність; корупційний злочин; компаративістський аналіз сутності зловживання посадовим (службовим) становищем.

E. O. Skubak. Comparativistic analysis of the essence of abuse of the official (servant) position in foreign and national criminal sciences

This article is carried out a comparative analysis of the essence of the abuse of official position in foreign and domestic criminal law science. It is found out that criminal liability for abuse of official position during the performance of its functions comes for certain specific crimes under the special part of the Criminal Code of Ukraine. It is determined that in the criminal legislation of foreign countries there is practically no difference between the abuse of power or official position and the abuse of power or official authority.

In today's conditions, the spread of crimes of corruption, among which the abuse of power or official position is a special place, the problem of developing and implementing an effective mechanism for counteracting these criminal phenomena was very urgent and urgent. The establishment of such a mechanism involves the introduction of an effective system for combating such crimes, reforming the criminal and criminal procedural legislation, taking urgent measures aimed at improving investigative and judicial practice.

At the moment, the issue of criminal responsibility for crimes in the field of official activity is relevant and controversial. Responsibility for corruption and related crimes should be detailed and logical; therefore, articles of the code providing for responsibility in the field of service activity require a comprehensive, unbiased analysis of the subject of compliance with the fundamental principles of criminal law. For this purpose, a comparative analysis of the essence of abuse of official (official) position in foreign and domestic criminal-law science should be conducted.

This distinction «abuse of power or official authority» is more typical of the criminal law of the post-Soviet countries and is associated mainly with massive violations of the constitutional rights of citizens by law enforcement agencies, in particular during the pre-trial investigation, and in this connection, the legislator introduced a separate norm with a certain entity in the form of a law enforcement officer.

The disposition of Article 364 of the Criminal Code of Ukraine requires more specificity and extension of the subjective part of this criminal offense.

Key words: abuse of official (official) position; crimes in the sphere of professional activity and professional activity; corruption; criminal liability; crime of corruption; comparative analysis of science.

Постановка проблеми. Нормативні приписи про застосування кримінальної відповідальності щодо службових осіб не є новелою законодавства, адже у вітчизняному законодавстві

© Е. О. Скубак, 2019

вони здолали доволі тривалий етап становлення та постійного вдосконалення. Власне, у цьому контексті Кримінальний кодекс України останніми роками зазнав значних змін, відтак є підстави стверджувати про необхідність ґрунтовного переосмислення концепції відповідальності службових осіб, перегляду усталених підходів до розв'язання питань кваліфікації таких діянь, установлення меж відповідальності за їх вчинення тощо.

У сучасних умовах поширення злочинів корупційної спрямованості, серед яких особливе місце посідає зловживання владою або службовим становищем, вельми актуальною та невідкладною постала проблема розроблення й впровадження ефективного механізму протидії цим кримінальним явищам. Створення такого механізму передбачає запровадження ефективної системи протидії таким злочинам, реформування кримінального та кримінального процесуального законодавства, ужиття невідкладних заходів, спрямованих на вдосконалення слідчої й судової практики.

Наразі питання кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності є актуальним і дискусійним. Відповідальність за корупційні та подібні ним злочини повинна мати деталізований та логічний характер, тому статті кодексу, що передбачають відповідальність у сфері службової діяльності, потребують всебічного, неупередженого аналізу на предмет відповідності основоположним принципам кримінального права. Для цього слід провести компаративістський аналіз сутності зловживання посадовим (службовим) становищем у закордонній та вітчизняній кримінально-правовій науці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В сучасній науці кримінального права питанню зловживання службовим становищем посадовцями приділяли увагу такі вчені як Антошак А.Р., Головійчук Л.Т., Грудницький В.М., Коваленко А.В., Кулик С.С., Мартиненко В.О., Огерук І.С., Політова А.С., Сийпюкі М.В. та інші.

Мета статті – компаративістський аналіз сутності зловживання посадовим (службовим) становищем у закордонній та вітчизняній кримінально-правовій науці.

Виклад основного матеріалу. Методологічну основу аналізу складає сукупність загальнонаукових та спеціальних методів наукового пізнання: діалектичного, історичного, моделювання, формально-логічного, порівняльно-правового, аналітико-синтетичного тощо.

Оскільки за метою даної статті є саме здійснення компаративістського аналізу сутності зловживання посадовим (службовим) становищем у закордонній та вітчизняній кримінально-правовій науці, то в першу чергу коротко висвітлимо сутність компаративістського аналізу.

Юридична компаративістика – система знань, накопичених у процесі порівняльних досліджень у правовій сфері. Компаративістика – слово латинського походження (лат. *Comparativus*) і в перекладі означає порівняння. Відправним пунктом є використання тих самих понять і термінів, якими користуються в іншій правовій системі, і це дає ефект порівнюючи споріднених систем. При розширенні кола порівнюваних правових явищ зменшується вірогідність тотожності юридичної термінології та зростає ризик помилок під час пошуку іноземного юридичного поняття, у зв'язку з чим аналіз сутності зловживання посадовим (службовим) становищем у закордонній та вітчизняній кримінально-правовій науці має опиратись на порівнянні вітчизняних норм кримінального права та норм закордонних країн [1].

Діяння, передбачені в розділі XVII Особливої частини Кримінального кодексу (далі – КК) України [2], належать до так званих загальних видів службових злочинів та злочинів, пов'язаних з наданням публічних послуг, безпосереднім об'єктом кожного з яких є суспільні відносини, що забезпечують нормальну службову діяльність в окремих ланках апарату управління органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських об'єднань, юридичних осіб публічного і приватного права, а також відносини, що забезпечують нормальну професійну діяльність тих осіб, які під час її здійснення наділяються правом надавати публічні послуги.

Тютюгін В.І. Відзначає, що обов'язковою ознакою складу злочину більшості діянь, передбачених у розділі XVII Особливої частини КК, є предмет злочину: за статтями 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК – це неправомірна вигода. Об'єктивна сторона розглядуваних злочинів характеризується тим, що одні з них (статті 364, 364-1, 365-2, 367 КК) можуть бути вчинені як шляхом дії, так і бездіяльності; інші (статті 365, 366, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 КК) – лише шляхом активної поведінки – дії. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони переважної більшості розглядуваних злочинів є наявність безпосереднього зв'язку між діянням особи та її службовою діяльністю чи діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг.

Таке діяння завжди: а) обумовлене службовим становищем суб'єкта або його службовими повноваженнями чи повноваженнями з надання публічних послуг і б) вчинюється всупереч інтересам служби чи юридичної особи приватного права або всупереч тим інтересам, заради задоволення та охорони яких особа наділяється повноваженнями з надання публічних послуг під час здійснення нею певної професійної діяльності. Варто звернути увагу на той факт, що закон прямо вказує, що у разі вчинення злочину службовою особою юридичної особи публічного права (статті 364, 365, 368, 369-2 КК) такий зв'язок проявляється у використанні суб'єктом свого службового становища, тоді як у разі його вчинення службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка надає публічні послуги (статті 364-1, 365-2, 368-3 КК), суб'єкт використовує лише свої власні (надані йому законодавством) службові повноваження чи повноваження з надання публічних послуг [3].

Критикуючи передбачений статтею 364 КК України склад злочину, М.І. Хавронюк зазначає, що в більшості кримінальних кодексів держав Європи, окрім держав СНД, не передбачено відповідальності за зловживання владою чи службовим становищем і за перевищення влади чи службових повноважень.

Зазвичай кримінальна відповідальність передбачена лише за конкретні, чітко визначені дії, що становлять спеціальні випадки незаконного використання службового становища. Це є результатом дії принципу правової визначеності, за яким кожен західний чиновник і посадовець чітко знає, що він може робити, а що – ні [4].

В українському Кримінальному кодексі спеціальний суб'єкт є головною кваліфікуючою ознакою споріднених складів злочину визначених Розділом XVII, а саме:

- «Зловживання владою службовим становищем» (стаття 364);
- «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» (стаття 364-1);
- «Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу» (стаття 365);
- «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» (стаття 365-1).

Якщо у статті 364 КК України спеціальним суб'єктом злочину є державний службовець у загальному розумінні Закону України «Про державну службу» або місцевого самоврядування, то у статті 365 КК України це працівник правоохоронного органу, перелік яких визначений статтею 1 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», а в статтях ст. 364-1 та ст. 365-1 це службові особи юридичних осіб приватного права або особи, професійну діяльність яких, пов'язану з наданням публічних послуг. Слід звернути увагу, що кваліфікуючою ознакою визначеною у частині 2 статті 365 КК України є насильство або погроза застосування насильства, застосування зброї чи спеціальних засобів або болісних і таких, що ображають особисту гідність потерпілого, дій, за відсутності ознак катування. Прийняття законодавцем такої кваліфікуючої ознаки вірогідно пов'язано з численними позовами громадян України до Європейського суду з прав людини у зв'язку з масовими порушеннями прав людини працівниками правоохоронних органів.

У кримінальному законодавстві закордонних країн світу норми, що передбачають кримінальну відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, а також за перевищення влади та службових повноважень різняться. Про це можна зробити висновок проаналізувавши статті Кримінальних кодексів закордонних країн, які передбачають кримінальну відповідальність за злочини, пов'язані зі зловживанням або перевищенням влади або службових повноважень.

Для порівняння були взяті Кримінальні кодекси таких закордонних країн: Французька Республіка, Латвійська Республіка, Литовська Республіка, Грузія, Республіка Естонія, Італійська Республіка, Угорщина, Хорватія, Швейцарська Конфедерація, Федеративна Республіка Німеччина.

Кримінальний кодекс Французької Республіки, який діє з 1994 року, присвячує службовим зловживанням значну кількість статей. Їхній аналіз показує, що їх можна поділити на три групи:

- зловживання владою, що посягають на порядок управління (статті з 432-1 по 432-3);
- зловживання владою, здійснене проти приватних осіб (статті з 432-4 по 432-9);
- порушення службових обов'язків (статті з 432-10 по 432-16).

Так, у статті 432-1 Кримінального кодексу Французької Республіки передбачено відповідальність за дії, вчинені будь-якою особою, яка має публічну владу та виконує свої повноваження, що полягають у вжитті заходів, спрямованих на перешкоду виконанню закону [5].

Латвійським Кримінальним кодексом у Главі XXIV КК Латвії «Злочини вчинені в структурі державної служби», як і в українському законодавстві, передбачено відповідальність державної посадової особи, як за перевищення службових повноважень (стаття 317), так і за зловживання службовим становищем (стаття 318). Суб'єктом даного складу злочину є державний службовець, який вчинив умисні дії, котрі явно перевищують межі прав і повноважень, наданих державним посадовцям законом, якщо дані дії завдали істотної шкоди державі, адміністративному порядку та охоронюваним інтересам людини [6].

У статті 316 Латвійського Кримінального кодексу окремо викладено таку дефініцію – Державними посадовими особами визнаються представники державної влади, а також будь-яка особа, постійно або тимчасово виконує обов'язки державної служби або самоврядування, і мають право приймати рішення, обов'язкові для інших осіб, або здійснювати функції нагляду, контролю, дізнання або покарання, або розпоряджатися майном або фінансовими засобами держави. Крім того, Латвійським Кримінальним кодексом (стаття 325) окремо передбачено відповідальність державних службовців за Порушення обмежень, встановлених для державного посадовця (підприємницьку діяльність, суміщення посад, отримання винагороди або реалізацію повноважень у ситуації конфлікту інтересів), у той час як в українському законодавстві зазначені правопорушення не є кримінальними та відносяться до адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією, відповідальність за які викладено у Главі 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення (статті з 172-4 по 172-9-2).

У Кримінальному кодексі Литовської Республіки, на відміну від Латвійського Кримінального кодексу, відповідальність за злочини у сфері службової діяльності (за суб'єктом злочину) викладено дуже стисло та передбачено лише 3 статтями Глави XXXIII кодексу:

- хабарництво (стаття 225);
- зловживання (стаття 228);
- невиконання службових обов'язків (стаття 229).

Окремо статтею 230 надано поняття суб'єкта зловживання владою, яким визначено державного службовця або прирівняну до нього особу, яка працює на державній службі відповідно до Закону «Про державну службу» [7].

До цих осіб належать: політики, службові особи які працюють в державних або муніципальних установах чи закладах, правоохоронних органах, судах, особи які здійснюють нагляд

і аудит державних установ, особи які виконують функції представників уряду або займають адміністративні посади, а також офіційні кандидати на такі посади.

Стаття 333 Кримінального кодексу Грузії передбачає відповідальність за перевищення службових повноважень [8]. Суб'єктами даного складу злочину визначено: чиновників, прирівняних до них осіб які наділені службовими повноваженнями, а також осіб котрі займають державно-політичні посади, дії яких мали наслідком порушення прав фізичних або юридичних осіб, законних інтересів суспільства і держави. Варто зазначити, що в примітці до статті 332 КК Грузії подано вичерпний перелік осіб, які є суб'єктами складу злочину передбаченого статтею 333 вищезгаданого кримінального кодексу. Зокрема, до таких осіб відносяться: чиновники, прирівняні до них особи які наділені службовими повноваженнями, працівники юридичних осіб публічного права (крім політичних і релігійних об'єднань), які здійснюють публічно-правові повноваження, приватні виконавці, а також всі інші особи, які здійснюють публічно правові повноваження відповідно до законодавства Грузії.

Таким чином, кримінальні кодекси Французької Республіки, Республіки Естонії, Литовської Республіки, Угорщини, Хорватії, Швейцарії окремо не виділяються склади злочину «Перевищення влади або службових повноважень», відповідні діяння кваліфікуються як зловживання службовим становищем.

Цікавий приклад для компаративістського аналізу у частині кримінальної відповідальності за вчинення службових злочинів являє собою Кримінальне уложення Німеччини – систематизований збірник кримінальних законів, введений в дію ще у 1871 році [9]. При формулюванні диспозицій статей (параграфів) Особливої частини німецький законодавець, на відміну від техніки КК України, виходить не з теорії покарання діяння, а з теорії покарання діяча. Таким чином, диспозиція кожної статті починається зі слів «той, хто <...>» або «службова особа, яка <...>».

В Кримінальному уложенні Німеччини немає класичного розуміння такого поняття як «зловживання службовим становищем» або «незаконне збагачення», тому параграфи (статті), які б прямо передбачали відповідальність за вказані діяння, відсутні. Утім, у Кримінальному Уложенні Німеччини існує схожа норма у розділі економічних злочинів, яка передбачає відповідальність за продажність (одержання хабаря – *Bestechlichkeit*) та підкуп (*Bestechung*) у підприємницькій діяльності та звучить так: «Хто, у якості службової особи або уповноваженої особи комерційного підприємства в діловому обороті вимагає, погоджується прийняти або приймає вигоду для себе або третьої особи за те, що він недобросовісно надасть перевагу іншим при придбанні конкуруючих товарів або послуг, карається позбавленням волі до трьох років або штрафом» (§ 299).

Крім того, законодавцем ФРН виділено два окремих різновиди суб'єктивної сторони держслужбовця під час отримання неправомірної вигоди, а саме: отримання вигоди (§ 331) та продажність (одержання хабаря) (§ 332). Кваліфікуючою ознакою параграфу 332 є одержання держслужбовцем відповідної вигоди або послуги за те, що він зробив або зробив би в майбутньому службову дію і цим порушив або порушив би свої службові обов'язки, у той час як параграфом 331 передбачено відповідальність просто за виконання своїх службових обов'язків без конкретних дій на користь того, хто надає таку вигоду.

Також параграфом 335 Кримінального уложення Німеччини передбачена відповідальність за невиконання службової дії. Законодавець зазначає, що до вчинення службової дії чи суддівської дії за змістом § § 331-335 прирівнюється невиконання дії. З огляду на те, що суб'єктивна сторона кримінального правопорушення у зазначеній статті є настільки широкою та не містить відомостей про можливі форми вини суб'єкта у вигляді прямого чи непрямого умислу або необережності, це дає нам підстави вважати, що залежно від фактичних обставин події сторона

обвинувачення та суд на свій розсуд трактують ступінь вини та зацікавленості суб'єкта не виконувати службову дію. Таким чином, у німецькому кримінальному праві відсутні такі поняття як «службова недбалість», «перевищення повноважень» та «зловживання службовим становищем».

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. З огляду на викладене можна зробити висновок, що у більшості країн континентальної Європи відбувається спрощення кваліфікації дій, вчинених службовою особою, в рамках однієї статті. Проте існує чітка прив'язка до завданих наслідків у вигляді матеріальної шкоди, що надає можливість стороні обвинувачення набагато швидше побудувати причинно-наслідкову складову дій особи у межах одного визначеного законодавцем складу злочину та передати докази на розсуд суду, який при призначенні покарання шляхом аналізу всіх наданих стороною обвинувачення та стороною захисту доказів, дійде висновку про рівень суспільної небезпеки та завданої суспільним інтересам шкоди, до яких призвели такі діяння.

В кримінальному законодавстві закордонних країн практично немає різниці між зловживання владою або службовим становищем та перевищенням влади або службових повноважень. Дане розмежування більш характерне для кримінального права пострадянських країн та пов'язане, переважно, з масовим порушенням конституційних прав громадян представниками правоохоронних органів, зокрема, під час досудового розслідування, у зв'язку з чим, законодавцем було введено окрему норму з визначенням суб'єктом у вигляді працівника правоохоронного органу.

На наше переконання, у вітчизняному кримінальному законодавстві перелік кримінально карних діянь прописаний доволі якісно та прискіпливо, втім, існують випадки коли пряма прив'язка чинної редакції статті 364 КК України до розміру матеріальної шкоди у майновому виразі не дає можливості притягнути службову особу за вчинення низки протиправних дій всупереч інтересам служби, в інтересах третіх осіб, оскільки не завжди шкода може бути обчислена (наприклад незаконна передача надр у користування), а негативні ефекти від прийнятих рішень можуть настати через значний проміжок часу.

У зв'язку з викладеним, диспозиція статті 364 КК України потребує більшої конкретизації та розширення суб'єктивної сторони даного складу кримінального правопорушення.

Список використаних джерел:

1. Чернецька О.В., Шилінгов В.С. Юридична компаративістика як самостійна юридична наукова дисципліна. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. № 1. С. 23-28.
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
3. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : навч.-практ. посіб. / В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, С.В. Гізимчук ; за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна. Харків : Право, 2014. С. 7-8.
4. Хавронюк М. Чому в Європі не розуміють прислів'я «відтюрми не зарікайся». *Українська правда*. 2011. 6 жовтня. URL: <http://www.pravda.com.ua/articles/2011/10/6/6642959>.
5. Кримінальний кодекс Французької Республіки. URL: <https://constitutions.ru/?p=5859>.
6. Кримінальний кодекс Латвійської Республіки URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198833.
7. Кримінальний кодекс Литовської Республіки. URL: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1243877>.
8. Кримінальний кодекс Грузії. URL: <https://matsne.gov.ge/ka/document/download/16426/143/ru/pdf>.
9. Кримінальний кодекс Федеративної Республіки Німеччина. URL: <https://constitutions.ru/?p=5854>.