

СПОСОБИ УДОСКОНАЛЕННЯ ОКРЕМИХ ОЗНАК ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 365 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

ОВДІЄНКО Віталій Митрофанович - здобувач Донецького державного університету внутрішніх справ

УДК 343.353

DOI: <https://doi.org/10.71404/EP.2022.3.44>

У статті аналізуються окремі ознаки об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України та виявляються способи удосконалення теоретичних підходів учених до усунення прогалин у конструкції вказаної кримінально-правової норми. Вказується, що до 2014 року законодавцем у ст. 365 КК України було криміналізовано перевищення влади або службових повноважень, вчинених службовою особою, тоді як у ч. 3 ст. 364 КК України було встановлено кримінальну відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, вчинені працівником правоохоронного органу. Після внесення змін було уточнено спеціального суб'єкта шляхом звуження виключно до працівників правоохоронних органів. Доводиться, що чинна редакція кримінально-правової норми не позбавлена дискусійних моментів. У першу чергу, це стосується складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України. Аргументується, що сумнівною є доцільність залишення складу ч. 1 ст. 365 КК України як матеріального. Наведене пояснюється тим, що суспільна небезпечність перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу полягає у тому, що потерпілий зазнає протиправного впливу з боку особи, яка зобов'язана забезпечувати захист її прав. Підсумовується, що наявність прогалин в конструкції об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України негативним чином впливає не тільки на кваліфікацію, але й на процес доказування. Наведене підтвер-

джується майже повною відсутністю вироків, ухвалених за фактом вчинення протиправного діяння, передбаченого ч. 1 ст. 365 КК України. Така ситуація пояснюється тим, що часто умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень, не спричиняє шкоду, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а отже такі дії не утворюють складу досліджуваного суспільно небезпечного діяння.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, кримінальна відповідальність, перевищення влади, перевищення службових повноважень, працівник правоохоронного органу, об'єктивна сторона, склад, наслідки.

Постановка проблеми

Протидія кримінальним правопорушенням у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг є одним із важливих завдань, актуалізованих перед державою в умовах поступової євроінтеграції. Разом із тим, в останні роки вказана проблема розв'язується, у більшості випадків, лише за напрямом запобігання корупційним та пов'язаним із корупцією кримінальним правопорушенням, тоді як низка інших суспільно небезпечних діянь має стабільно високий кількісний показник. Це зокрема стосується такого кримінального правопорушення як перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, кримінальна відповідальність за вчинення якого передбаче-

на у ст. 365 Кримінального кодексу України (далі – КК України).

Відповідно до статистичних даних, оприлюднених на офіційному сайті Офісу Генерального прокурора, у 2020 році було обліковано 2564 кримінальні правопорушення, передбачені ст. 365 КК України, у 2021 році – 1918 кримінальних правопорушень, передбачене ст. 365 КК України [1]. Отже, наведені кримінологічні тенденції свідчать про недостатню ефективність наявних на сьогоднішній день заходів кримінально-правового характеру, що зумовлює потребу у їх перегляді та внесенні відповідних змін та доповнень до національного кримінального законодавства.

Аналіз останніх досліджень та публікацій

Проблема кримінальної відповідальності за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу розглядалась у працях таких учених як Ю.В. Баулін, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров, Н.М. Ярмиш тощо. Разом із цим, низка актуальних питань залишається відкритою для наукових дискусій.

Метою статті є аналіз окремих ознак об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України та виявлення способів удосконалення теоретичних підходів учених до усунення прогалин у конструкції вказаної кримінально-правової норми.

Виклад основного матеріалу

Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу було криміналізовано у 2014 році відповідно до Закону України від 21.02.2014 № 746-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» [2].

Необхідно відзначити, що до 2014 року законодавцем у ст. 365 КК України було криміналізовано перевищення влади або службових повноважень, вчинених службо-

вою особою, тоді як у ч. 3 ст. 364 КК України було встановлено кримінальну відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, вчинені працівником правоохоронного органу. Відповідно, після внесення вказаних змін, було уточнено суб'єкта шляхом звуження переліку виключно до працівників правоохоронних органів.

Разом із тим, чинна редакція кримінально-правової норми також не позбавлена дискусійних моментів. У першу чергу, це стосується складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України, у якій криміналізовано дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони супроводжувалися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування.

На це вказують і вчені. Так, наприклад, Н. Ярмиш зазначає, що існує нагальна потреба не лише в офіційному тлумаченні певних ознак низки складів злочинів, а й у виправленні законодавчих вад, які, зокрема, стосуються ст. 365 КК України. Необхідно якомога швидше усунути недолік, пов'язаний зі звуженням змісту наслідку відповідних злочинів лише до матеріальної шкоди; визначитися із «працівником правоохоронного органу», тобто конкретизувати цю ознаку: звести суб'єкт до представника влади (звісно, якщо це відповідає задуму законодавця). Необхідно також знайти шляхи, аби перевищення влади за певних умов можливо було б вважати саме корупційним злочином [3, с. 144].

Вчена також вказувала і на те, що необхідно визначитися у співвідношенні ознак частин 1 та 2 ст. 365 КК України. Було зауважено, що цілком очевидно, що мається на увазі виключно «вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень», а не об'єктивна сторона в цілому (нікому не спаде на думку додавати «тяжку» шкоду до «істотної»). Шкода є не «дією», а наслідком дії, тому її не потрібно брати до уваги, переходячи від основного складу злочину до інших. Саме таким чином вчена

вважає за можливе вирішити проблему, яка створена законодавцем внаслідок тлумачення істотної (та тяжкої) шкоди лише як майнової. Задля кваліфікації події за ч. 2 ст. 365 КК України орієнтуватися на «істотну шкоду» взагалі не потрібно [3, с. 143].

Згодом Верховним Судом було надано остаточне рішення щодо співвідношення складів кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 та ч. 2 ст. 365 КК України, яке підтвердило думку вченої.

У 2018 році Верховний Суд у постанові по справі №301/2178/13-к від 05.12.2018 року вказав на те, що виключна правова проблема полягає у визначенні способу тлумачення викладених у частині другій статті 365 КК слів: «дії, передбачені частиною першою цієї статті» як таких, що відсилають тільки до дій, які явно виходять за межі наданих службовій особі прав чи повноважень, чи охоплюють ще й їх наслідки у виді істотної шкоди у розумінні пункту третього примітки до статті 364 КК. Не всі насильницькі дії, описані в частині другій статті 365 КК, можуть отримати юридичну оцінку за іншими статтями зазначеного Кодексу, а ті з них, що можуть бути кваліфіковані за статтями про злочини проти життя і здоров'я особи із загальним суб'єктом, не відображають належного рівня суспільної небезпечності вчиненого. Адже підвищення такої небезпечності зумовлене особливостями спеціального суб'єкта злочину працівника правоохоронного органу, службове становище якого передбачає з одного боку обов'язок захисту прав і свобод людини від протиправних посягань, необхідні для його виконання державно-владні права та повноваження й підвищену відповідальність перед суспільством за свої дії чи бездіяльність, а з іншого ширші можливості для порушення цих самих прав і свобод, аж до найтяжчих форм, порівняно з особою, котра не має відповідного службового становища. Із огляду на викладене, Велика Палата дійшла висновку, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого частиною другою статті 365 КК, вичерпується самим фактом вчинення дій, які явно виходять за межі наданих працівнику правоохоронного органу прав чи повноважень, і містять принаймні одну з ознак, визначених

у частині другій статті 365 КК, супроводжуються насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування. Заподіяння наслідків у вигляді істотної шкоди в розумінні пункту третього примітки статті 364 КК не є обов'язковою умовою для кваліфікації дій особи за частиною другою статті 365 КК [4].

Разом із цим, видається сумнівною доцільність залишення складу ч. 1 ст. 365 КК України як матеріального. Наведене може бути пояснено декількома аргументами. Так, по-перше, суспільна небезпечність перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу полягає у тому, що потерпілий зазнає протиправного впливу з боку особи, яка зобов'язана забезпечувати захист її прав.

Із цього приводу Європейський суд з прав людини в одному із рішень вказав на те, що з огляду на загальний обов'язок держави, передбачений статтею 1 Конвенції, «гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені в Конвенції», положення статті 3 за своєю суттю вимагають проведення ефективного офіційного розслідування у випадках, коли особа висуває небезпідставне (достовірне) твердження про те, що вона зазнала поводження, яке порушує статтю 3 Конвенції, з боку, зокрема, працівників поліції або інших аналогічних органів влади. Основною метою такого розслідування є забезпечення ефективної реалізації національного законодавства, яке забороняє катування, а також нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання у випадках, коли до них причетні представники держави чи державні органи, а також забезпечення притягнення їх до відповідальності за жорстоке поводження, вчинене під час виконання ними своїх повноважень [5].

Отже, навіть у випадку, коли працівник правоохоронного органу здійснює незаконне або неаргументоване адміністративне затримання без застосування насильства або інших дій, передбачених у ч.ч. 2-3 ст. 365

КК України, така поведінка може вважатись такою, що принижує гідність.

По-друге, варто зауважити, що коли представник державного органу перевищує владу або службові повноваження, це завжди спричиняє шкоду або публічним, або приватним інтересам. Разом із тим, коли вона не встановлена як обов'язковий, для того щоб вважати протиправне діяння закінченим, наслідок, органи досудового розслідування не зобов'язані доводити її наявність, що спрощує процес доказування. Як аргумент можна навести те, що в Єдиному державному реєстрі судових рішень наявні лише поодинокі вироки, ухвалені у кримінальних провадженнях, розпочатих за фактом вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 365 КК України, у більшості вироків працівників правоохоронних органів засуджують за вчинення діяння, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України.

Виходячи із логіки побудови кримінально-правової норми, у якій встановлено кримінальну відповідальність за досліджуване кримінальне правопорушення, можна зробити висновок, що істотна шкода як наслідок передбачена лише для основного складу (про що зазначала Н. Ярмиш, а пізніше також Верховний Суд).

У ч. 3 встановлено відповідальність за дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки. Відповідно до примітки до ст. 364 КК України, тяжкими наслідками у статтях 364-367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян [6]. Отже, останні визначаються також, виходячи із обсягу матеріальної шкоди, спричиненої протиправним діянням. Вказане не видається доцільним, оскільки якщо для, наприклад, ст. 364 КК України такий підхід є логічним через наявність корисливого мотиву (пов'язаного із корупцією), то для ст. 365 КК України, у якій немає вказівки на корисливий мотив (а, виходячи із аналізу вироків, таким мотивом часто стає прагнення продемонструвати владу) тяжкі наслідки було б логічно розглядати з точки зору не тільки майнової

шкоди, а і шкоди, спричиненої життю та здоров'ю особи.

У цьому контексті необхідно зазначити, що відповідно до ст. 45 КК України, перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу законодавцем не віднесено до корупційних або пов'язаних із корупцією кримінальних правопорушень, що вже само собою ставить під сумнів доцільність вказівки на це кримінальне правопорушення у примітці до ст. 364 КК України.

На таку прогалину вказувала й Н. Ярмиш, зауважуючи, що у зв'язку з тим, що ст. 364 КК України перебуває у переліку корупційних, а ст. 365 – ні, виникає нетипове питання стосовно зворотної дії кримінального закону, пов'язане саме з наявністю у КК України такого переліку [3, с. 141].

Висновки

Таким чином, наявність прогалин в конструкції об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України негативним чином впливає не тільки на кваліфікацію, але й на процес доказування. Наведене підтверджується майже повною відсутністю вироків, ухвалених за фактом вчинення протиправного діяння, передбаченого ч. 1 ст. 365 КК України. Як видається, така ситуація може бути пояснена тим, що часто умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень, не спричиняє шкоду, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а отже такі дії не утворюють складу досліджуваного суспільно небезпечного діяння.

У цьому контексті, видається доцільним ч. 1 ст. 365 КК України викласти таким чином: *1. Перевищення влади або службових повноважень, тобто умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень, на шкоду охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб, – карається...*

SUMMARY

The article analyzes certain features of the objective side of the criminal offense provided for in Article 365 of the Criminal Code of Ukraine and identifies ways to improve the theoretical approaches of scientists to eliminate gaps in the construction of the specified criminal law norm. It is indicated that until 2014, the legislator in Article 365 of the Criminal Code of Ukraine criminalized the abuse of power or official authority committed by an official, while in Part 3 of Article 364 of the Criminal Code of Ukraine, criminal liability was established for abuse of power or official position committed by an employee of a law enforcement agency. After the amendments were made, the special subject was clarified by narrowing it exclusively to employees of law enforcement agencies. It is proved that the current version of the criminal law norm is not devoid of debatable points. First of all, this concerns the composition of the criminal offense provided for in Part 2 of Article 365 of the Criminal Code of Ukraine. It is argued that the expediency of leaving the composition of Part 1 of Article 365 of the Criminal Code of Ukraine as material is questionable. The above is explained

by the fact that the public danger of the abuse of power or official authority by an employee of a law enforcement agency lies in the fact that the victim is subjected to unlawful influence by the person who is obliged to ensure the protection of his rights. It is concluded that the presence of gaps in the construction of the objective side of the criminal offense provided for in Article 365 of the Criminal Code of Ukraine negatively affects not only the qualification, but also the process of proving. The above is confirmed by the almost complete absence of sentences passed on the fact of committing an illegal act provided for in Part 1 of Article 365 of the Criminal Code of Ukraine. This situation is explained by the fact that often the intentional commission by a law enforcement officer of actions that clearly go beyond the rights or powers granted to him does not cause harm that exceeds the tax-free minimum income of citizens by a hundred or more times, and therefore such actions do not form part of the socially dangerous act under investigation.

Key words: criminal offense, criminal liability, abuse of power, abuse of official authority, law enforcement officer, objective side, composition, consequences.

Література

1. Офіс Генерального прокурора. Статистика. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/statistika>
2. 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 № 746-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/746-18#n13>
3. Яриш Н. Перевищення влади або службових повноважень працівником пра-

воохоронного органу: складнощі кримінально-правової кваліфікації. *Право України*. № 2. 2017. С. 139-146

4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05 грудня 2018 року (справа №301/2178/13-к). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78426368>

5. Case of Bouyid v. Belgium (*Application no. 23380/09*). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-157670%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-157670%22]})

6. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>