

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СТ. 365-3 КК УКРАЇНИ

НАЧИНЯНИЙ Дмитро - аспірант кафедри кримінального права і кримінології, Львівський державний університет внутрішніх справ

ORCID: 0009-0007-5891-6109

DOI: <https://doi.org/10.32782/ep.2024.3.36>

Стаття присвячена правовому аналізу нової форми службового потурання, як різновиду причетності до кримінального правопорушення, зокрема положенням ст. 365-3 КК України. У статті висвітлено окремі проблемні аспекти відповідальності працівника правоохоронного органу за невжиття передбачених законодавством заходів і приховування виявлення незаконної діяльності з організації та проведення азартних ігор, лотерей, а також запропоновано шляхи їх подолання.

Звертається увага на вже існуючий в КК України інститут співучасті, положення якого в частині заделегідь обіцяного потурання дублюються ст. 365-3 КК України, що безпідставно нагромаджує вітчизняне законодавство тотожними нормами та породжує колізії.

Піддається критиці залишення положень ст. 365-3 КК України за межами переліку корупційних діянь, визначених ст. 45 КК України та вказується на можливість зловживання, а також уникнення реальної відповідальності працівника правоохоронного органу за вказані діяння, на підставі положень Загальної частини КК України про звільнення від відбування покарання.

Констатується фрагментальність законодавчого підходу до виокремлення в рамках самостійної кримінально-правової норми вказаного виду потурання та підтримується позиція доповнення чинного кримінального Закону єдиною, загальною та універсальною нормою, яка б передбачала відповідальність за потурання працівника правоохоронного

органу вчиненню кримінального правопорушення.

Ключові слова: закон про кримінальну відповідальність, кримінальне правопорушення, працівник правоохоронного органу, потурання кримінальному правопорушенню, незаконний гральний бізнес, азартна гра, перевищення влади.

Постановка проблеми

Проблематика кримінальної відповідальності працівника правоохоронного органу за вчинення ним правопорушення, передбаченого ст. 365-3 КК України є новою у теорії кримінального права. Її вивченню присвячені окремі праці таких українських вчених, як: О.О. Дудоров, О.К. Марін, Є.Ю. Драчевський, Р.О. Мовчан та інших вчених. Водночас, при всій значущості цих та інших наукових напрацювань, сьогодні проблема пов'язана із запровадження ст. 365-3 КК України наврядче може вважатися вирішеною, що у свою чергу дає підстави вважати подальші наукові пошуки у цьому напрямку актуальними та власне і обумовлює написання цієї статті.

Метою цієї статті є аналіз основних проблемних питань запровадження кримінальної відповідальності працівника правоохоронного органу за невжиття передбачених законодавством заходів і приховування виявлення незаконної діяльності з організації та проведення азартних ігор, лотерей, а також визначення можливих шляхів їх подолання.

Виклад основного матеріалу

Законодавчі зміни у частині криміналізації гравального бізнесу в Україні, а також останні зміни яких зазнала редакція ст. 364 КК України призвели до прогалини у питанні кримінально-правового реагування проявів потурання, «кришування» гравального бізнесу з боку працівників правоохоронних органів. Проявом реагування вітчизняного законодавця на такий стан речей стало запровадження у КК України нової кримінально-правової норми, покликаної вирішити питання кримінальної відповідальності за вказані вище діяння, а саме – положення ст. 365-3 КК України.

Однак, каталізатором запровадження будь-якої кримінально-правової норми зазвичай виступає сукупність соціальних та правових передумов. Перш за все криміналізація діянь повинна бути позбавлена поспіху та оцінюватися не лише із точки зору нагальності врегулювання тих чи інших суспільних відносин, а передусім – з точки зору їх обґрунтованості. [1].

У випадку ж із положеннями ст. 365-3 КК України можна говорити, що запровадження кримінальної відповідальності працівника правоохоронного органу за невиконання передбачених законодавством заходів і приховування виявлення незаконної діяльності з організації та проведення азартних ігор, лотерей є поспішним законодавчим рішенням, яке у результаті призвело до численних проблем у правовому регулюванні. Воно супроводжується порушенням законодавчої техніки, породжує колізії та задає тенденцію до надмірного розширення та ускладнення чинного нормативного кримінально-правового матеріалу.

Так, під час аналізу положень ст. 365-3 КК України [2] та співставлення цієї кримінально-правової заборони із вже наявними в чинному кримінальному законодавстві засобами реагування звертає на себе увагу конкуренція норм Загальної та Особливої частини КК України. Зокрема мова іде про відомий кримінальному праву України інститут співучасті [3].

Зокрема, ч. 1 ст. 27 КК України одним із видів співучасників називає пособника, яким відповідно до змісту ч. 5 вказаної стат-

ті є особа, котра вказівками, порадами, наданням знарядь чи засобів або ж усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення; особа котра за делегидь обіцяла переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби його вчинення, сліди чи предмети, здобуті кримінально-протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети; особа котра за делегидь обіцяла іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення [2].

І власне, цей останній неконкретизований за змістом різновид пособництва цілком логічно може включати у себе також і бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей.

Додатковим аргументом на користь сказаного виступає зміст диспозиції ст. 365-3 КК України у якій така бездіяльність тлумачиться, як умисне з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або ж в інтересах третіх осіб невиконання передбачених законом заходів за заявою чи 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.

З сказаного логічним є висновок, що умисність бездіяльності працівника правоохоронного органу з невиконання відповідних заходів у поєднанні із корисливими мотивами чи іншими особистими інтересами, як і інтересами третіх осіб найчастіше вказує на обізнаність працівника правоохоронного органу про конкретний факт незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, відповідальність за яку передбачена ст. 203-2 КК України. І так само дає підстави вважати, що згода на приховування такої діяльності найвірогідніше була надана завчасно, а саме на стадії готування до злочину чи замаху на злочин (ст. 14 КК України) [3, С. 225]. Фактично до початку безпосереднього нереагування на заяви про вчинення вказаного злочину чи за делегидь обіцяне приховування факту його вчинення.

Вказане робить положення ст. 365-3 КК України в цій частині тотожними положенням інституту співучасті, який власними механізмами може і вирішує кримінальну відповідальність особи, яка хоч і не виконувала самостійно кримінально-протиправне діяння, однак була до нього дотична в тій чи іншій мірі.

Разом із цим варто сказати про висловлену в науковій літературі думку О.К. Маріна, який вважає, що у ст. 365-3 КК України іде мова про окремих випадок криміналізації потурання кримінальному правопорушенню, передбаченому ст. 203-2 КК України, який передбачає відповідальність за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей [4].

З цього приводу варто зазначити, що в науковій літературі існує думка про те, що потурання є одним із проявів сприяння вчиненню злочину. І як про це зазначає А. А. Вознюк потурання може бути як заздалегідь обіцяним, так і заздалегідь необіцяним [5, с. 233].

Зміст ст. 365-3 КК України та її співвідношення із ст. 203-2 КК України, яка передбачає відповідальність за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей дозволяє припустити, як про це зазначалося вище, що в цьому випадку потурання є заздалегідь обіцяним. Адже уявити собі, що нежиття передбачених законодавством заходів за заявою про вчинення вказаної вище діяльності, вчинене з корисливих мотивів чи інших особистих інтересів або інтересів третіх особи здійснюється особою без попередньої обізнаності про факт такої незаконної діяльності доволі складно. Більш логічним виглядає що обіцянка не протидіяти вчиненню кримінальному правопорушенню є такою що надана заздалегідь. І в такому разі, очевидно, що мова іде саме про пособництво.

В той самий час у одній із своїх праць О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан та Є.Д. Драчевський [6] допускають, що така бездіяльність працівника правоохоронного органу може бути викликана небажанням псувати статистичні дані, родинні чи дружні відносини з особою яка вчиняє діяння передбачене ст. 203-2 КК України та інше. Тобто науковці

фактично вказують на заздалегідь необіцяне потурання. А саме описуються ситуацію за якої, ані інститут співучасті, ані положення ст. 364 КК України, яка передбачає відповідальність за зловживання владою та службовим становищем через звуження сфери застосування останньої, не можуть слугувати засобами реагування на вказане діяння. У зв'язку із чим виникає хибне уявлення обгрунтованості запровадження вказаної кримінально-правової норми.

Так, погоджуючись загалом із тим, що передбачена у ст. 365-3 КК України бездіяльність є спеціальним видом потурання (заздалегідь не обіцяним) вважаємо, що вказані законодавчі зміни декларують певну не зрозумілу вибірковість. Що зумовлює необхідність запровадження кримінальної відповідальності виключно за потурання гральному бізнесу? Чим цей вид потурання є більш небезпечним ніж, скажімо, потурання наркоторговлі чи секс-індустрії? Звісно, що вказане запитання є риторичним. Разом із цим, це риторичне запитання лише додатково вказує на те, що запровадження положень ст. 365-3 КК України в чинне кримінальне законодавство є фрагментальним і безсистемним та потребує пошуку універсальної моделі притягнення до відповідальності за потурання у вчиненні кримінального правопорушення, що вже знаходить своє об'єктивування в проекті нового КК України [7]

Друга проблема запровадження кримінальної відповідальності за діяння, передбачене у ст. 365-3 КК України, яка звертає на себе увагу є притаманні цьому правопорушенню ознаки корупційності і безпідставність не включення ст. 365-3 КК України до переліку ст. 45 КК України.

А разом із цим, і третя проблематика, яка полягає в можливості уникнення працівником правоохоронного органу реальної відповідальності за вчинення вказаного кримінального правопорушення.

Так, незважаючи на те, що чинне кримінальне законодавство України не містить поняття корупційного правопорушення, вичерпний перелік таких діянь визначається положеннями вже згадуваної ст. 45 КК України. Разом з цим, у теорії кримінально-

го права науковцями неодноразово робилися спроби визначити поняття корупційного правопорушення, серед яких наприклад і визначення, запропоноване М.І. Мельником.

Так, під корупційним правопорушенням науковець розуміє правопорушення, які полягають у неправомірному використанні особою, уповноваженою на виконання функцій держави, офіційно наданої їй влади, посадових повноважень, відповідних можливостей з метою задоволення особистих інтересів чи інтересів третіх осіб (корупційні діяння), а також в інших діях, які створюють умови для вчинення корупційних діянь чи є приховуванням їх або потуранням їм (інші діяння, пов'язані з корупцією) [8].

Вказане визначення є дуже вдалим з точки зору формулювання на його підставі ознак корупційного правопорушення, серед яких:

1. його вчинення уповноваженою на виконання функцій держави особою; 2) наявність у такої особи офіційно наданої їй влади, посадових повноважень чи відповідних можливостей; 3) неправомірність використання особою такої влади, повноважень чи можливостей; а також вчинення особою інших дій, які створюють умови для вчинення корупційних діянь або ж є їх приховуванням чи потуранням їм; 4) вказані діяння здійснюються із спеціальною метою, а саме – задоволення особистих інтересів чи інтересів третіх осіб.

Співставлення вказаних ознак корупційного правопорушення та діяння, передбаченого ст. 365-3 КК України дозволяє констатувати їх притаманність останньому. Зокрема, суб'єктом вказаного кримінального правопорушення є працівник правоохоронного органу – службова особа правоохоронного органу, яка на законних підставах обіймає посаду в штаті правоохоронного органу та яка відповідно до закону безпосередньо здійснює функції представника влади, а також виконує обов'язки, пов'язані із провадженням правоохоронної діяльності [9].

Вчинення працівником правоохоронного органу діяння, що передбачене диспозицією ст. 365-3 КК України, а саме невжиття відповідних заходів реагування на заяви

щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, а також приховування такої діяльності вказує на третю зазначену вище ознаку корупційного кримінального правопорушення – неправомірність використання особою своєї влади, повноважень чи можливостей. Не викликає сумнівів, що бездіяльність працівника правоохоронного органу та nereагування його в установленому законом порядку на заяви про факт вчинення кримінального правопорушення в тому числі і передбаченого ст. 203-2 КК України є саме проявом неправомірного використання своєї влади, повноважень, можливостей чи приховування такої діяльності.

Вчинення вказаних діянь з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб наділяє положення ст. 365-3 КК України четвертою ознакою корупційного правопорушення. І хоча ця ознака визначена саме через поняття мети вчиненого діяння, а не мотивів, складно собі уявити, що бездіяльність працівника правоохоронного органу вчиняється з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб та позбавлена при цьому аналогічної мети, про що йшла мова вище.

Відтак, в контексті сказаного заслуговують на увагу передбачені у чинному КК України застереження, які не дозволяють застосувати до особи, яка вчинила корупційний злочин, цілої низки положень про звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, а так само і положень, які покращують становище особи під час призначення їй покарання.

Передусім, особа, яка вчинила корупційне правопорушення позбавлена кримінально-правових гарантій, пов'язаних із звільненням від кримінальної відповідальності, а саме: звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (положення ст. 45 КК України); у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (положення ст. 46 ККУ України); у зв'язку з передачею особи на поруки (положення ст. 47 КК України); у зв'язку зі зміною обстановки (положення ст. 48 КК України).

Неможливим є застосування до осіб, засуджених за корупційні злочини, звільнення від відбування покарання з випробуванням, про що свідчить застереження в ч. 1 ст. 74 ККУ. Крім того, до осіб, засуджених за корупційні злочини застосовується інший порядок і умовно-дострокового звільнення від відбування покарання. Зокрема, відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 81 КК України, особа засуджена за корупційний злочин, має право клопотати про застосування до неї умовно-дострокового звільнення лише після фактичного відбуття не менше двох третин строку покарання, призначеного судом за корупційний злочин середньої тяжкості, умисний тяжкий злочин. Особливий підхід законодавства до таких осіб і в питанні застосування амністії та помилування (ст. 86 ККУ та ст. 87 ККУ).

Однак, через відсутність у ст. 45 КК України згадки про діяння, передбачене ст. 365-3 КК України, останнє не є корупційним і усі вказані вище кримінально-правові обмеження сьогодні не стосуються осіб, які його вчинили. Такий стан речей не може не критикуватися, як з боку науковців, так і з боку практичних працівників, адже це залишає лазівку для уникнення відповідальності та покарання.

Висновок

Обґрунтовано помилковість запровадження кримінальної відповідальності за ст. 365-3 КК України, яка не вичерпується виключно теоретичною складовою, а може мати негативний вплив і під час правозастосування. Шляхом подолання існуючих законодавчих прогалин в умовах зміни редакції ст. 364 КК України може стати виключення ст. 365-3 КК України та запровадження замість неї універсальної кримінальної правової норми, яка б передбачала загальний вид потурання працівником правоохоронного органу вчиненню кримінального правопорушення.

Література

1. А.О. Винник, І.Б. Газдайка-Василишин Посилення кримінальної відпові-

дальності за вчинення майнових та деяких інших правопорушень в умовах воєнного стану в Україні Соціально-правові студії. – 2023. – Т. 6. – № 2. – С. 9-16.

2. Кримінальний кодекс України: закон України від 5 квіт. 2002 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 01.06.2024).

3. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник/ Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Л.М. Кривоченко та ін.; За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. -3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 496 с.

4. Марін О.К. «Новітні» форми зловживання можливостями спеціального статусу в розділі XVII Особливої частини Кримінального кодексу України. Юридичний науковий електронний журнал. 2021. №2. С.239–242

5. Вознюк А. А. Теоретичні та практичні проблеми кримінальної відповідальності за створення злочинних об'єднань та участь у них як посягання на громадську безпеку: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 652 с.

6. О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан, Є.Ю. Драчевський Відповідальність за службове потурання: порівняльний аналіз чинного і перспективного Кримінального Закону. Вісник ЛННІ ім. Е.О. Дідоренка. 2023. Вип. 4(104) DOI: <https://luhbuletin.dnuvs.ukr.education/index.php/main/article/view/143>

7. Кримінальний кодекс України. Контрольний текст проекту (станом на 14.10.2023 року). [Електронний ресурс] URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/10/15/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-14-10-2023.pdf>. (дата звернення: 20.12.2023).

8. Мельник М. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії). Київ: Юридична думка, 2004. 400 с.

9. Созанський Т. І., Здреник І. В. Працівник правоохоронного органу як суб'єкт злочину : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2021. 204 с. С.87