

**Я. Г. Лизогуб,**

кандидат юридичних наук, доцент,
Харківський національний університет
внутрішніх справ

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9824-0798>

УДК 343.353 (477)

КРИМІНАЛЬНИЙ ЗАКОН VS. ПЕРЕВИЩЕННЯ ВЛАДИ АБО СЛУЖБОВИХ ПОВНОВАЖЕНЬ: ДИСКУСІЯ ТРИВАЄ

Стаття зачіпає нагальне для сучасної правової доктрини питання криміналізації такого суспільно небезпечного явища як перевищення влади або службових повноважень. Автор висловлює і розвиває думку з приводу доцільності переслідування особи, яка вчинила діяння, що розглядається, засобами кримінально-правового реагування. І в цьому напрямі він виступає за актуалізацію розширення кола суб'єктів перевищення влади або службових повноважень. Здійснюється порівняльний аналіз законодавства інших країн світу з такого приводу. Стаття розрахована на широку аудиторію, що цікавиться кримінальним правом.

Ключові слова: перевищення влади або службових повноважень, кваліфікація злочинів, авторитет державних органів, порівняльний аналіз

Постановка проблеми. Прагнення України до поліпшення свого вітчизняного кримінального законодавства — безспірно, гарний приклад утілення сучасних світових традицій. Утім, як видається, таке осучаснення має завжди спиратись на теоретичні надбання юридичної науки, адже саме від цього залежить удале правозастосування.

Дивлячись на чинний КК України, навряд чи можна констатувати притаманність вищезазначеного підходу вітчизняній законотворчій машині, оскільки національне кримінальне законодавство останнім часом подекуди відзначається новелами, які, на превеликий жаль, не враховують напрацювання кримінально-правової доктрини. І в цьому контексті вірно виглядає зауваження

М. В. Сийпловіч про те, що «постійне оновлення кримінального законодавства не завжди адекватно впливає на правозастосування» [1, 127].

Складається таке враження, що, редагуючи кримінально-правові норми, законодавець, часом, кількісний підхід використовує куди частіше, аніж якісний, а це, у підсумку, призводить до того, що попередня редакція статті Кодексу виглядає ліпше її наступної версії. Як говорить відоме російське прислів'я «новое — это хорошо забытое старое». І в цій частині особливої актуальності набуває зачеплене нами питання доцільності криміналізації порівняно нещодавно декриміналізованого явища на ім'я перевищення влади або службових повноважень.

Загалом у теорії кримінального права питання відповідальності за перевищення влади або службових повноважень є достатньо розробленим. На різних етапах розвитку юридичної науки його торкалися під кутом зору суміжних правових дискусій В. І. Борисов, Б. В. Волженкін, С. В. Гізімчук, Б. В. Здравомислов, О. О. Кваша, В. П. Коваленко, М. И. Коржанський, Р. Л. Максимович, В. О. Навроцький, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, П. С. Яні та деякі інші. Що ж до безпосереднього аналізу такого явища, то з українських криміналістів йому присвятили увагу Абакумов Ю. В., Андрушко П. П., Анісімов Г. М., Бантишев О. Ф., Володавська О. С., Задоя К. П., Мельник М. І., Пасека О. Ф., Письменський Є. В., Слущка Т. І., Федчишин Ю. Ю, Хашев В. Г., Хавронюк М. І., Ярмиш Н. В. та деякі інші.

Метою і завданням дослідження є привернення уваги наукового середовища та законотворчого органу до питання про доцільність розширення суб'єктного складу ст. 365 КК України шляхом поширення кримінально-правової превенції не тільки на дії працівника правоохоронного органу, а й на дії іншої особи, яка посідає службове становище чи виконує функції представника влади.

Наукова новизна дослідження полягає в тому, що воно раніше не піддавалось публікації в юридичній літературі; торкається питання, яке в сучасній кримінально-правовій науці не отримало остаточного вирішення, і залишається, фактично, відкритим. По суті, відсутність криміналізації дій у вигляді перевищення влади або службових повноважень, вчинених особою, яка не є працівником влади, свідчить не тільки про наявність суттєвої законодавчої прогалини, воно створює проблеми під час кваліфікації у практиці.

Отже, яке ж перевищення влади або службових повноважень на сьогодні є кримінально-караним? Відповідно до ст. 365 КК України як злочинні визначено дії, які охоплюють «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». Залишаючи поза увагою інші юридичні ознаки вищезазначеного складу злочину, бо вони не є предметом розгляду такої публікації, зупинимось на його суб'єкті. З огляду на редакцію норми про відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, а також диспозиції частини першої цієї статті, стає видно, що законодавець як суб'єкта цього злочину визначив лише працівника правоохоронного органу.

Ураховуючи, що розглядувана норма є бланкетною, адже КК України не містить визначення, хто саме є працівником правоохоронного органу, звернемось до інших нормативних актів, де це поняття отримало змістовне віддзеркалення. Одразу зазначимо, що таких актів в Україні чимало.

Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. № 964-IV (ст. 1), Порядок проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами (п. 3 Загальної частини), затверджений Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами» від 20 квітня 2006 р. № 550, Договір про порядок перебування та взаємодії співробітників правоохоронних органів на територіях держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав від 04 червня 1996 р. та деякі інші.

Водночас найповніший вигляд, на нашу думку, воно отримало в ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII. Відповідно до цієї норми правоохоронними органами є органи прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, Національне антикорупційне бюро України, органи охоро-

ни державного кордону, органи доходів і зборів, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції. Віддаючи належне зазначеній нормі, зазначимо, що навіть вона має оцінний характер, адже не дає вичерпного змісту поняттю, що розглядається. Фактично, при вирішенні питання про те, чи можна ту чи іншу особу визнати працівником правоохоронного органу, слід визначити, а чи є та чи інша особа працівником одного з перелічених у статті 2 органів, або, якщо такий орган не включено до зазначеного переліку, — аналізувати коло повноважень такої особи, а саме те, чи здійснює вона правозастосовні або правоохоронні функції. Схвалювати такий законодавчий підхід чи піддавати критиці є, на наш погляд, питанням дискусійним, бо має і позитивну, і сумнівну логіку. Утім, з огляду на те, що така дискусія не висвітлюватиме головної проблеми цієї роботи, залишимо її поки що поза увагою.

Натомість, зазначимо, що звуження меж криміналізації такого явища як перевищення влади або службових повноважень лише до кола працівників правоохоронних органів, по-перше, значно знижує превентивну функцію кримінального закону, адже поза відповідальністю залишається значне коло осіб, які, з огляду на обсяг та зміст виконуваної ними роботи чи службової діяльності, потенційно здатні виходити за межі їх реалізації, завдаючи, при цьому, значної шкоди як суспільним інтересам, правам та інститутам, так і людині; по-друге, підриває авторитет органу чи установи; по-третє, певною мірою стимулює розширення кола «злочинців у законі». У висновку на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та кримінального процесуального кодексу України щодо імплементації до національного законодавства положень стат-

ті 19 Конвенції ООН проти корупції» за підписом керівника Головного науково-експертного управління апарату Верховної Ради України В. І. Борденюка зазначається: «...така пропозиція (фактично, йдеться про звуження меж криміналізації перевищення влади або службових повноважень лише до кола співробітників правоохоронних органів. — Я. Л.) веде до фактичної безкарності та безвідповідальності посадових осіб за переважну більшість вчинених ними службових зловживань незалежно від їх наслідків» [2, 3—4].

Візьмемо, наприклад, керівника медико-соціальної експертної комісії (МСЕК)¹, яка створена для здійснення медико-соціальної експертизи), який за своїм посадовим статусом є службовою особою державного органу, оскільки обіймає в такому органі посаду, пов'язану, зокрема, з виконанням організаційно-розпорядчих функцій. Виникає питання, як кваліфікувати дії такої особи у випадку вчинення нею дій, котрі виходять за межі її компетенції, наприклад, коли зазначений керівник, будучи службовою особою, одноосібно приймає рішення про встановлення групи інвалідності замість ухвалення такого рішення комісійно, як це передбачено нормативними актами? З одного боку, такий керівник вийшов за межі наданих йому повноважень, будучи службовою особою, і, фактично, вчинив суспільно шкідливе діяння, оскільки порушення компетенції і наступна незаконно встановлена інвалідність у майбутньому призведуть до необґрунтованих витрат з державного бюджету. А з іншого — відповідно до ст. 365 КК України він не є суб'єктом злочину, як не є він таким суб'єктом і за іншими злочинами, передбаченими розділом XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг».

Безспірно, дехто зазначить, що така ідеальна сукупність підлягатиме кваліфікації як службове підроблення і

¹ Відповідно до ч. 4 Положення «Про медико-соціальну експертизу», затвердженого постановою КМУ від 03 грудня 2009 р. № 1317, МСЕК є органом, що належить до відповідного закладу охорони здоров'я.

співучасть у шахрайстві, але ж це, як кажуть, інша сторона «медалі» (та й не завжди така діяльність здійснюється у співучасті). Здійснивши такий акт, керівник посягнув не тільки на власність, а й на встановлений порядок здійснення професійної діяльності, порядок реалізації службових обов'язків, авторитет державного органу. Утім, обсягу державної репресії за службове підроблення у даному випадку явно недостатньо для повноцінної реалізації превентивної і каральної функцій кримінального закону. Та й об'єктна адресність вищезазначеної діяльності є ширшою, ніж у випадку зі службовим підробленням як злочином певного виду, оскільки в такому випадку винувата особа посягає не лише на встановлений порядок службового документообігу, а й на встановлений порядок управлінської діяльності. Саме вихід керівником за межі своєї службової компетенції забезпечуватиме, у такому випадку, і службове підроблення, і, за певних умов, шахрайство. Проте, з огляду на норми КК України, воно не має кримінального переслідування, адже не передбачене жодним складом злочину, включеним до розділу XVII, хоча й, фактично, посягає на соціальні цінності, які таким розділом захищено. І ступінь шкідливості, у даному випадку, є значно вищим ніж обсяг репресії, передбачений дисциплінарним стягненням. Це не просто службове порушення у вигляді появи на робочому місці в нетверезому стані чи прогул, для попередження яких дійсно достатньо заходів дисциплінарного реагування. Це діяння, будучи саме по собі суспільно шкідливим, породжує інші злочини з високим ступенем латентності, адже виявити їх без змістовної документальної перевірки буде складно. Отже, шкода державі буде тривалою, а з огляду на гіпотетичну кількість таких фактів, вельми шкідливою.

Подібних прикладів перевищення службових повноважень іншими, ніж працівник правоохоронного органу, особами, можна навести вдосталь. Це й примушування керівником Управління праці та соціального захисту населення

внутрішнього переселенця, який отримує грошову допомогу, до забезпечення організації застілля співробітників Управління; і безпідставна видача документа, що надає право оформлення пенсії, керівником відділу від імені керівника управління, шляхом підробки його підпису; і винесення суддею ухвали одноосібно, коли закон вимагає колегіальної процедури, тощо.

У кожному з вищенаведених випадків убачається перевищення службових повноважень, адже кожного разу винна особа вчиняє дії, які їй не належать відповідно до займаної посади чи умов реалізації відповідних функцій. Винуватець тут не тільки не використовує свої службові повноваження, він узагалі не наділений такими повноваженнями. Безспірно, вчинення винною особою подібних дій відбувається завдяки певним гіпотетичним можливостям впливу, який вона має через перебування на певній посаді. Проте гіпотетичні можливості впливу через перебування на посаді не слід плутати зі службовими повноваженнями, які використовуються винуватцем, коли він саме зловживає владою або службовим становищем, наприклад, той же керівник відділу пенсійного фонду видає довідку про наявність стажу особі без урахування необхідного для цього віку. Під час зловживання винний вчиняє саме дії, передбачені його службовим статусом, а під час перевищення — дії, які до його службових повноважень взагалі не належать. Натомість норми, якою б така діяльність переслідувалась відповідним чином, КК України не містить.

Отже, сумнівною і, навіть, помилковою, виглядатиме кваліфікація розглядуваного діяння за ст. 364 КК України, оскільки така норма встановлює відповідальність саме за зловживання владою або службовим становищем, під час якого хоча й учинюються певні дії всупереч інтересам службової чи професійної діяльності, але вони не виходять за її межі. І в цьому контексті виглядає більше ніж спірною логіка В. Г. Хашева, на думку якого «*всі злочинні діяння праців-*

ників правоохоронних органів, які раніше підпадали під ознаки зловживання владою або службовим становищем, після набуття чинності вищевказаних змін мають так само кваліфікуватись за ст. 364 КК України, а не за ст. 365 КК України, оскільки за аналогічні по суті діяння службова особа має відповідати як за зловживання владою або службовим становищем, а працівник правоохоронного органу — за перевищення влади або службових повноважень» [3, 203].

Не може тут бути й злочину, передбаченого ст. 365² КК України, з набагато більш зрозумілих, майже очевидних, підстав.

Перевищення влади або службових повноважень — це самостійне суспільно небезпечне явище і його не можна отождествлювати чи виокремлювати з інших явищ, навіть попри їх суттєву схожість. М. І. Хавронюк правильно зазначає, що «перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК) не є спеціальним складом зловживання владою або службовим становищем. Хоча ці два злочини і мають низку схожих ознак, вони суттєво різні...» [4]. І з таких підстав важко погодитись із думкою Г. М. Анісімова про те, що «вчинення іншими службовими (не працівниками правоохоронного органу) особами дії, що явно перебувають за межами їх компетенції ... мають знайти кримінально-правову оцінку в межах ст. 364» [5, 255]. Зловживання службовим становищем і перевищення службових повноважень — це юридично принципово різні явища. «При зловживанні владою або службовим становищем службова особа, як і при будь-якому зловживанні правом, використовує свої повноваження неприпустимим способом, а при перевищенні повноважень вона використовує повноваження, які не належать їй взагалі (чужі повноваження) або в даному конкретному випадку» [4]. Подібного вектору диференціації притримується і М. Й. Коржанський, зауважуючи, що «зловживання владою або

посадовими повноваженнями характерне тим, що посадова особа вчинює дії, які вона має право вчинювати, такі дії надані їй за посадою, передбачені її посадовим статусом. Але посадова особа при цьому зловживає своїми правами і діє всупереч інтересам служби...» [6, 565]. «Перевищення ж влади або посадових повноважень, — продовжує науковець, — навпаки, характеризується тим, що посадова особа вчинює дії, які не передбачені її посадовим статусом, які не надані їй законом» [6, 566]. Знаходить підтримку подібна логіка і в роботах інших вітчизняних дослідників [7, 9—10].

Як бачимо, розмежовуються розглядувані явища зовсім не завдячуючи «методології риторичної практики», як стверджує Г. М. Анісімов [5, 256], а саме через різні юридичні критерії віднесення конкретного суспільнонебезпечного акту, який вчинила особа, маючи відповідний службовий статус, до числа тих, що охоплюються її посадовою компетенцією або ж ні. Інакше кажучи, саме характер діяння під кутом зору службових повноважень особи є диференційною ознакою цих суспільнонебезпечних явищ. І подібна диференціація — це не просто мистецтво маніпулювання термінологією. Це результат доречного застосування законів формальної логіки, зокрема щодо правильного визначення загального та спеціального, і послідовного втілення принципу *nullum crimen nullum poena sine lege*.

Виникає низка запитань. Чому на сьогодні така діяльність знаходиться поза межами криміналізації? Чому законодавець ігнорує, фактично, злочинні дії, знижуючи превентивну функцію кримінального закону і «надихаючи», по суті, осіб займатись суспільно небезпечною діяльністю? Невже, як правильно говорять О. В. Володавська і О. Ф. Пасека, «перевищення влади або службових повноважень, яке вчиняється іншими службовими особами, не несе суспільної небезпеки»? [8, 22; 9, 168].

На нашу думку, це просто правотворча недбалість, але, на жаль, така недбалість потенційно матиме вельми потужний ланцюг злочинних актів із, у цілому, високим ступенем шкідливості.

Подивимось, а як таке діяння позначене у кримінальному законодавстві деяких інших країн. Так, чинний КК Молдови ст. 328 КК України передбачає відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, формулюючи цей злочин як «здійснення посадовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй законом прав і повноважень...» [10, 432]. Чинний КК Грузії також містить відповідальність за перевищення службових повноважень (ст. 333), хоча й без визначення в нормі закону того, що саме становить таке перевищення [11, 341—342]. Не є виключенням у цьому переліку й КК Латвії, який містить ст. 317 «Перевищення службових повноважень», визнаючи кримінально-караними «умисні дії, вчинені державним службовцем, які явно виходять за межі наданих державному службовцеві законом або покладеними на нього завданнями прав і повноважень...» [12, 65]. Передбачено відповідальність за перевищення службових повноважень й у КК Польщі (ст. 231). Зокрема, переслідуванню піддано дії публічної посадової особи, яка, перевищуючи свої посадові повноваження, діє на шкоду публічним або приватним інтересам [13, 165]. При цьо-

му зміст поняття «перевищення», як і у двох попередніх випадках, не уточнюється.

Як бачимо, законодавці не всіх країн відмовились від криміналізації явища на ім'я «перевищення службових повноважень». І, вочевидь, це не даремно, адже поки у науці триває дискусія щодо досконалого вигляду норми/норм, якою/якими б охоплювались будь-які дії посадовця з приводу його службових порушень у вигляді зловживання чи перевищення, доти немає сенсу, як кажуть росіяни, «рубить с плеча», залишаючи оголеними проблемні місця на шпальтах кримінального закону. У такому випадку набагато розумнішою виглядала би обережна корекція існуючих норм, аніж миттєва законодавча «страта» ст. 365 КК України на догоду певній групі «прихильників».

Сподіваємось, що викладені в цій роботі пропозиції стануть у пригоді українському законодавцеві й будуть орієнтиром під час оптимізації розділу про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Адже виважене зміцнення превентивної ролі кримінального закону з урахуванням правильного розподілу кримінально-правової репресії — є запорукою справедливого функціонування усього кримінально-правового механізму, чого в сучасних умовах так не вистачає Україні.

Список використаної літератури

1. Сийплові М. В. Зловживання владою або службовим становищем: визначення наслідків злочину // Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. Серія: «Право». Вип. 33. Т. 2. С. 127—130.
2. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45474
3. Хашев В. Г. Проблемні питання розмежування зловживання владою або службовим становищем та перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2015. № 3. С. 202—209.
4. Хавронюк М. І. Науковий висновок щодо способу застосування Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції». URL: <http://pravo.org.ua/ua/news/5059->

5. Анісімов Г. М. Особливості кваліфікації злочинів, що вчиняються шляхом зловживання службовим становищем // Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. № 2(3). С. 250—268.
6. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів: навч. посіб. 2-ге вид. Київ: Атіка, 2002. 640 с.
7. Абакумова Ю. В. Проблеми кримінально-правової кваліфікації перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу // Актуальні проблеми публічного та приватного права: тези доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (17 жовтня 2014 р.) / за ред. В. М. Огаренка, А. О. Монаєнка та ін. Запоріжжя: КПУ, 2014. С. 9—12.
8. Володавська О. С. Деякі питання кримінальної відповідальності за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17 квітня 2014 р.) / МВС України; Харків. нац. ун-т внутр. справ; Наук.-дослід. ін-т вивчення проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України; Кримінологічна асоціація України. Харків: Золота миля, 2014. С. 21—24.
9. Пасека О. Ф. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу за КК України: основні теоретичні та прикладні проблеми // Науковий вісник ЛьДУВС. 2017. С. 166—175.
10. Кримінальний кодекс Республіки Білорусь, Кримінальний кодекс Республіки Молдова / за ред. В. Л. Менчинського; пер. Т. В. Руденко. Київ: ОВК, 2016. 462 с.
11. Уголовный кодекс Грузии. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 409 с.
12. Уголовный кодекс Латвийской Республики. СПб: Юридический центр Пресс, 2001, 313 с.
13. Уголовный кодекс Республики Польша. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001, 234 с.

Лизогуб Я. Г. Уголовный закон vs. превышение власти или служебных полномочий: дискуссия продолжается.

Стаття затрагує актуальний для сучасної правової доктрини питання криміналізації такого суспільно-небезпечного явища, як перевищення влади або службових повноважень. Автор висловлює і розвиває точку зору по поводу цілесобразності переслідування особи, яке здійснило розглядаване діяння, засобами кримінально-правового реагування. І в цьому напрямку він виступає за актуалізацію розширення кола суб'єктів перевищення влади або службових повноважень. Осуществляється порівняльно-правовий аналіз законодавства інших держав світу по даному питанню. Стаття розрахована на широку аудиторію, цікавляться кримінальним правом.

Ключевые слова: перевищення влади або службових повноважень, кваліфікація злочинів, авторитет державних органів.

Lyzohub Yaroslav. Criminal-Law vs. exceeding of power or service authority: the discussion is still on going.

The paper is devoted to some burning issues about an inexpediency of decriminalization of such social and dangerous phenomenon as «exceeding of power or service authority». An author displays examples of that actual Criminal code of Ukraine has a large gap due to mentioned legislative activity. De facto there is totally no reasons to call to account for exceeding of power or service authority as for concrete crime for today unless it is done by a law-enforcement co-worker.

This situation makes a problem to prevent and stop a lot of potentially dangerous activities in the sphere of service activity. The author holds a discussion about a correct qualification of some similar social dangerous acts.

There norms about criminal responsibility for exceeding of power or service authority in Criminal codes of other countries are illustrated in the paper.

Key words: exceeding of power, service authority, state bodies` authority, comparative analysis of criminal-law norms.