

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

УДК 343.242

НІКОЛЕНКО РОМАН ОЛЕГОВИЧ

ДИСЕРТАЦІЯ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОТИДІЯ ЗЛОВЖИВАННЮ
ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ
ПОСЛУГИ

Спеціальність: 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія;
кримінально-виконавче право

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук
Дисертація містить результати власних досліджень.
Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на
відповідне джерело _____ Ніколенко Р.О.

Науковий керівник:
ТУЛЯКОВ Вячеслав Олексійович
доктор юридичних наук, професор

Одеса – 2018

АНОТАЦІЯ

Ніколенко Р.О. Кримінально-правова протидія зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги. – Рукопис

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. – Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2018.

Дисертація є одним із перших в Україні спеціальних комплексних досліджень теоретичних і прикладних проблем кримінальної політики щодо протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги. В роботі розглянуто концептуальні основи та закономірності реалізації кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Надана характеристика кримінально - правової регламентації відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги у національному законодавстві та доктрині та законодавстві інших країн.

У дисертації визначено та охарактеризовано базові складові кримінальної політики протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Розглянуто генезу становлення інституту кримінальної відповідальності за злочини, вчинені особами, які надають публічні послуги у кримінальному праві України та окремих зарубіжних країн.

Охарактеризовано основний склад злочину за ст. 365⁻² КК України. Надано соціально-рольову характеристику суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365⁻² КК України, як конститутивного елементу криміналізації цього діяння.

З'ясовано кримінально-правові наслідки скоєння кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365⁻² КК України.

Розглянуто теоретичні підстави та умови ефективності кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Сформульовано теоретично обґрунтовані пропозиції про вдосконалення чинного кримінального законодавства України щодо зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Ліміт кримінально-правової кари за корупційні злочини розглядається через зв'язки зі станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування примусу як з боку держави, так і за згодою суспільства на застосування примусу щодо окремих його членів.

Отже дисертація є самостійною, завершеною науковою роботою, одним із перших спеціальним комплексним дослідженням теоретико-прикладних аспектів кримінально-правової протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги у кримінальному праві України.

В роботі наголошується, що зловживання повноваженнями особами, які професійно надають публічні послуги, є сутнісно «зловживанням службовим становищем» суб'єктами, що не є державними службовцями, криміналізованим як додаткова відповідальність осіб приватного сектору в системі протидії корупційним правопорушенням. Це відповідає положенням ст. 22 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, згідно яким сторони домовилися спрямувати спільні зусилля на вирішення проблеми корупції як у приватному, так і у державному секторі.

Трансформація соціального попиту веде до розвитку нової системи сервісів у галузі державного управління та збільшення публічних послуг. Зважаючи на масовий характер надання публічних послуг та вочевидь прогнозовану тенденцію до збільшення кількості таких правопорушень, рівень зареєстрованої злочинності у цій сфері невисокий. Так, кількість кримінальних правопорушень, зареєстрованих за ст. 365⁻² КК України, має сталу тенденцію –

від 12 випадків у 2012 р. до 0 випадків у 2013 р., до 4 у 2014, 2 у 2015, 8 у 2016, 9 у 2017 р. тощо.

Кримінально-правове поводження з корупціонерами базується на принципах суворой відповідальності посадових осіб, службових осіб приватного сектору, а також транспарентності соціального контролю.

Проведене узагальнення дозволило також розробити поняття кримінально-правової політики забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг як відносно самостійного напрямку кримінально-правової політики України, під якою розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються в сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Було проаналізовано основні закономірності видозміни раніше відомої злочинності та виникнення нових видів суспільно небезпечних діянь, які відбуваються під впливом розвитку сучасних корупційних практик, визначено, що основною причиною таких трансформацій є можливість учинення їх з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг. При чому основною характерною рисою раніше невідомих суспільно небезпечних діянь у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є можливість їх вчинення новими суб'єктами, які виникають у зв'язку із розвитком системи управління, переданням частини адміністративних послуг до систем штучного інтелекту.

Охарактеризовано основні підходи до оцінки антикорупційної політики як мети кримінально-правової політики забезпечення розвитку суспільства через розмежування її функцій: вироблення політики щодо публічних послуг; надання публічних послуг; оцінювання функціонування системи надання публічних послуг тощо. Проведено оцінку вад надання публічних послуг як

нормативного, так і ненормативного характеру, що зумовлюють системно-правові передумови криміналізації діянь у сфері професійного надання публічних послуг.

Обґрунтовується доцільність диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб у публічній (зокрема, державній і самоврядній) і непублічній управлінських сферах. Саме такий підхід закріплений у міжнародно-правових актах щодо кримінально-правової протидії корупції, в законодавстві як країн близького зарубіжжя (Республіки Грузії, Республіки Казахстан, Киргизької республіки, Латвійської республіки, Литовської Республіки, Республіки Таджикистан, Туркменістану), так і в низці країн континентальної Західної Європи (зокрема, Австрії, Голландії, Іспанії, Італії, ФРН, Норвегії, Республіки Сан-Маріно, Фінляндії, Франції, Швейцарської конфедерації).

Обов'язковою ознакою публічних послуг є те, що вони безпосередньо породжують юридичні наслідки. Розширення ознак та обсягу публічних та інших, пов'язаних з ними соціальних послуг, буде вести до порушення принципу визначеності та декриміналізації складу злочину

З'ясовано, що під впливом розвитку професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, відбулася трансформація низки раніше відомих злочинів.

Диверсифікація управлінських інститутів та розширення суб'єктного складу осіб, які надають публічні послуги, веде до масовості управлінських правопорушень, що формують латентну зону та унеможливають адекватне правозастосування.

Це знижує можливості ефективної кримінальної політики відносно притягнення до відповідальності осіб за ст. 365⁻² КК України та збільшує латентне поле трансформованих злочинів. До групи трансформованих злочинів належать: традиційні злочини, які у інформаційному суспільстві можуть вчинюватися у спосіб використання властивостей спеціального суб'єкта, та

суспільно-небезпечні діяння терористичної спрямованості, що здійснюються у спосіб використання професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

При аналізові основного складу злочину надано характеристику об'єктивної сторони складу злочину через діяння, що полягає у використанні особою своїх повноважень, наданих у зв'язку зі здійсненням виключно професійної діяльності (в адміністративній, соціальній, житлово-комунальній, інформаційній, медичній, освітній, транспортній сферах, сферах надання правової допомоги та оздоровлення й відпочинку тощо).

Це діяння є публічною послугою, тобто публічно-владною діяльністю суб'єкта управління, що пов'язана з виконанням його повноважень та спрямована на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи і здійснювана за її заявою.

Уточнено положення про те, що зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце у процесі застосування та дотримання використання юридичних норм, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння.

Звідси додатково обґрунтована теза про те, що визначення зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, як діяльності, що: 1) відбувається лише через здійснення суб'єктами їхніх суб'єктивних прав; 2) завжди є умисною поведінкою; 3) заподіює непропорційну шкоду учасникам правовідносин.

Проаналізовано механізми вчинення злочинів з використанням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, в частині розуміння характеристик адміністративних послуг. Уточнено положення щодо основних наслідків, пов'язаних з діянням.

Особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, має певний соціально-правовий статус, під яким слід

розуміти сукупність прав і обов'язків, що утворюють компетенцію винного, а також його соціальну роль, яка відображує значущість послуг, що надаються.

Враховуючи принцип правової визначеності, заслуговує на підтримку точка зору щодо необхідності нормативного формулювання кола осіб, які професійно надають публічні послуги.

Уточнено понятійно-категорійний апарат, що стосується характеристик диверсифікації суб'єктного складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, шляхом розуміння суб'єктами цього злочину лише осіб, які безпосередньо надають публічні послуги, як це визначено в назві ст. 365⁻² КК України, а не „пов'язаних з наданням таких послуг, про що йдеться в ч.1 цієї статті. „Пов'язаних” з цим процесом осіб існує безліч (технічні працівники, водії, кур'єри, охоронці тощо), але кримінально-правова заборона, передбачена цією статтею КК України, має розповсюджуватися лише на осіб, які безпосередньо надають такі послуги.

Це надало можливість надати власне визначення основного складу злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, як зловживання своїми повноваженнями особою, яка професійно надає публічні послуги з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським або державним інтересам.

На жаль, у зв'язку з невідповідністю встановленим практикою ЄСПЛ критеріям визначеності, ясності і недвозначності правової норми застосування основного складу ст. 365⁻² КК України носить обмежений характер, а кваліфіковані склади цього злочину не застосовуються взагалі. Вони криміналізовані штучно, з порушенням правил законодавчої техніки в частині виокремлення спеціальних потерпілих.

Аналогічним чином відокремлення повторності з точки зору принципів структурної залежності та неколизійності ефективної правової норми не

відповідає правилам визначеності, ясності і недвозначності складу злочину та суперечить у такому вигляді практиці застосування ст.7 Європейської конвенції з прав людини. Це надає можливість розглянути у майбутньому питання переведення основного складу виключно до кримінального проступку та декриміналізації деяких кваліфікованих складів;

Наведене надало можливість здійснити теоретичне обґрунтування організаційних змін у криміналізації зловживання публічних послуг органами державної влади в Україні через розмежування функцій: вироблення політики щодо публічних послуг, надання публічних послуг, оцінювання функціонування системи надання публічних послуг. Існуючий підхід до оцінки антикорупційної політики як мети кримінально-правової політики забезпечення інституційного розвитку суспільства надав можливість зробити аналіз оцінки вад надання публічних послуг як нормативного так і вненормативного характеру, що обумовлюють системно правові передумови криміналізації чи декриміналізації діянь у сфері надання публічних послуг.

Вважається за доцільне у ст. 365⁻² КК України зробити уточнений опис поняття «професійна діяльність, пов'язана з наданням публічних послуг», та виходячи з цього, змінити зміст складу. Декриміналізувати частину другу ст. 365⁻² КК України, як елементи процесу надмірної криміналізації. У подальшому, за умов низької кримінально-правової ефективності застосування цієї норми, та розвитку сучасного законодавства перевести це правопорушення до категорії кримінальних проступків, чи з часом декриміналізувати за ознакою масовості та неможливості забезпечення невідворотності відповідальності.

Ключові слова: корупційна злочинність, публічні послуги, зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, службові особи.

SUMMARY

Nicolenko R.O. Criminal legal action against abuse of authority by persons providing public services. - Manuscript

Thesis for a Candidate Degree in Law, specialty 12.00.08 – Criminal Law and Criminology; Criminal Enforcement Law. – National University «Odessa Law Academy», Odessa, 2018.

The dissertation is one of the first in Ukraine special complex studies of theoretical and applied problems of criminal policy in relation to counteracting misuse of powers by persons providing public services. The paper considers the conceptual foundations and regularities of realization of criminal responsibility for abuse of authority by persons providing public services. The description of the criminal legal regulation of liability for abuse of authority by persons providing public services in the national legislation and doctrine and legislation of other countries is given.

The thesis defines and describes the basic components of the criminal policy of counteracting abuse of authority by persons providing public services.

The genesis of establishing an institute of criminal responsibility for crimes committed by persons providing public services in the criminal law of Ukraine and certain foreign countries is considered.

Characterized the basic composition of the crime under Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine. The social-role characteristic of the subject of a criminal offense, stipulated by Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine as a constitutive element of the criminalization of this act.

The criminal-law consequences of committing a criminal offense, stipulated by Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine.

The theoretical grounds and conditions for the effectiveness of criminal liability for abuse of authority by persons providing public services are considered.

The theoretically substantiated proposals on the improvement of the current criminal legislation of Ukraine regarding abuse of authority by public service providers are formulated. The limit of the criminal punishment for corruption crimes is considered due to links with the state of development of political and legal ideology in the state, the degree of permission to use coercion by both the state and with the consent of the society to the use of coercion against its individual members.

Thus, the dissertation is an independent, completed scientific work, one of the first special comprehensive studies of the theoretical and applied aspects of criminal legal counteraction to misuse of powers by persons providing public services in the criminal law of Ukraine.

It is noted that abuse of authority by persons who professionally provide public services is essentially an «abuse of office» by entities that are not civil servants criminalized as additional liability of private sector entities in the system of combating corruption. This is in accordance with the provisions of Art. 22 Association Agreements between Ukraine and the European Union, according to which the parties agreed to direct joint efforts to solve the problem of corruption in the private and public sectors.

The transformation of social demand leads to the development of a new system of services in the field of public administration and the increase of public services. Given the massive nature of the provision of public services and the apparently projected tendency to increase the number of such offenses, the level of registered crime in this area is low. Yes, the number of criminal offenses registered under Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, has a steady trend - from 12 cases in 2012 to 0 cases in 2013, 4 in 2014, 2 in 2015, 8 in 2016, 9 in 2017, etc.

Criminal legal treatment of corruption is based on the principles of strict liability of officials, private sector employees, as well as the transparency of social control.

The generalization made it possible to develop the concept of criminal-legal policy to ensure professional activities related to the provision of public services as a

relatively independent area of criminal-law policy of Ukraine, which refers to a system of strategic and tactical measures that ensure proper development, timely implementation and effective implementation. norms of criminal law, aimed at protecting against dangerous encroachments of public relations, which are carried out in the field of professional activities, connected first with the provision of public services.

The main regularities of the modification of previously known crime and the emergence of new types of socially dangerous acts that are taking place under the influence of the development of contemporary corruption practices have been analyzed. It is determined that the main reason for such transformations is the possibility of making them using the qualities of public resources associated with the provision of public services. Moreover, the main characteristic of previously unknown socially dangerous acts in the field of service activities and activities related to the provision of public services is the possibility of their commission by new entities that arise in connection with the development of the management system, the transfer of part of the administrative services to artificial intelligence systems.

The main approaches to the evaluation of anticorruption policy as a goal of the criminal law policy of ensuring the development of society are characterized through the delimitation of its functions: the elaboration of a policy on public services; provision of public services; assessment of the functioning of the system of providing public services, etc. The estimation of the defects of the provision of public services in both normative and non-normative nature, which predetermine the systemic and legal preconditions for the criminalization of acts in the field of professional provision of public services, was evaluated.

The expediency of differentiation of criminal responsibility for official offenses of persons in public (in particular, state and self-government) and non-public management spheres. Such an approach is enshrined in the international legal acts on criminal-legal counteraction to corruption, in the legislation of the countries of the near abroad (the Republic of Georgia, the Republic of Kazakhstan, the Kyrgyz

Republic, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Tajikistan, Turkmenistan) and in a number of countries of the continental Western Europe (in particular, Austria, Holland, Spain, Italy, Federal Republic of Germany, Norway, Republic of San Marino, Finland, France, Swiss Confederation).

A compulsory feature of public services is that they directly produce legal consequences. Expanding the features and scope of public and other social services associated with them will lead to a violation of the principle of certainty and decriminalization of the crime

It was determined that under the influence of the development of professional activities related to the provision of public services, there was a transformation of a number of previously known crimes.

The diversification of managerial institutions and the expansion of the subjects of public service providers leads to a massive amount of administrative offenses that form the latent zone and make it impossible to enforce adequate law enforcement.

This reduces the possibility of effective criminal policy regarding the prosecution of persons under Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine and increases the latent field of transformed crimes. The group of transformed crimes includes: traditional crimes that can be committed in the information society in the way of using the properties of a special subject, and socially dangerous acts of terrorist activity that are carried out in the way of using professional activities related to the provision of public services.

In the analysis of the core of the crime, the characterization of the objective part of the crime is given through an act consisting in the use of a person of his powers granted in connection with the exercise of exclusively professional activities (in administrative, social, housing and communal, informational, medical, educational, transport spheres, spheres of legal assistance and health improvement and rest, etc.). This act is a public service, that is, publicly-owned activity of a management entity that is related to the exercise of its powers and is aimed at

ensuring conditions for the implementation of the subjective rights of a natural or legal person and carried out on its application.

The provision that abuse of the right during the provision of public services may be specified in the process of application and observance of the use of legal norms, which is relevant for the criminal-law assessment of an act. Hence the substantiated thesis that the definition of abuse of authority by persons providing public services as activities that: 1) occurs only through the exercise of the subjects of their subjective rights; 2) is always intentional behavior; 3) causes disproportionate damage to the participants in the legal relationship.

The mechanisms of committing crimes with the use of professional activity connected with the provision of public services in the part of understanding the characteristics of administrative services are analyzed. The provisions concerning the main consequences associated with the act are specified.

A person who carries out professional activities related to the provision of public services has a certain social and legal status, which should be understood as the set of rights and obligations that form the competence of the perpetrator, as well as his social role, which reflects the importance of services that are provided. Taking into account the principle of legal certainty, it is desirable to support the view of the need for normative formulation of the circle of persons professionally providing public services. The concept-categorical apparatus has been clarified concerning the characteristics of the diversification of the subject structure of abuse of authority by persons providing public services, by understanding the subjects of this crime only by persons who directly provide public services as defined in the title of Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, and not «related to the provision of such services, as referred to in Part 1 of this article. There are a lot of people involved in this process (technical workers, drivers, couriers, guards, etc.), but the criminal law prohibited by this article of the Criminal Code of Ukraine should be extended only to persons who directly provide such services.

This provided an opportunity to provide the actual definition of the core of the crime provided for in Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, as abuse of their own by a person who professionally provides public services for the purpose of obtaining an unlawful benefit for himself or another natural or legal person, if this has significantly harmed the rights protected by law or interests of individual citizens, interests of legal persons, public or public interests.

Unfortunately, due to the inconsistency of the established practice of the ECHR with the criteria of certainty, clarity and unambiguity of the legal norm of application of the basic composition of Art. 365⁻² of the Criminal Code of Ukraine is limited, and the qualified members of this crime are not used at all. They are criminalized artificially, in violation of the rules of the legislative technique in the allocation of special victims. Similarly, the separation of repetition from the point of view of the principles of structural dependence and the non-existence of an effective legal norm does not comply with the rules of certainty, clarity and unambiguousness of the crime, and contradicts the practice of the application of Article 7 of the European Convention on Human Rights. This provides an opportunity to consider in the future the issue of the transfer of the main body exclusively to a criminal offense and the decriminalization of certain qualified syllables;

The presented provided an opportunity to make the theoretical substantiation of organizational changes in the criminalization of the abuse of public services by state authorities in Ukraine through the delimitation of functions: policy development regarding public services, provision of public services, and evaluation of the functioning of the system of providing public services. The existing approach to assessing anticorruption policy as a goal of criminal law to ensure institutional development of society has made it possible to analyze the assessment of deficiencies in the provision of public services as both normative and non-normative, which determine the systemic legal preconditions for criminalization or decriminalization of acts in the field of providing public services.

It is considered expedient in Art. 365⁻² of the Criminal Code to clarify the notion of «professional activities related to the provision of public services», and in the light of this, change the content of the composition. Decriminalize part of the second article. 365⁻² CC, as elements of the process of excessive criminalization. In the future, under the conditions of low criminal law effectiveness of the application of this norm, and the development of modern legislation, to translate this offense into a category of criminal misconduct, or eventually decriminalize on the basis of mass and impossibility to ensure the inevitability of liability.

Key words: corruption criminality, public services, abuse of authority by persons providing public services, officials.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

1. Ніколенко Р.О. Кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. №2. Т.2. С.121-123.
2. Ніколенко Р.О. Підстави декриміналізації окремих видів професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Право і суспільство*. 2018. №5. Ч. 2. С. 195-199.
3. Ніколенко Р.О. Надання публічних послуг як системоутворюючий елемент конструкції ст.365-2 Кримінального кодексу України. Вчені записки *Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: Юридичні науки*. Том 29 (68) №5. С. 97-101.
4. Ніколенко Р.О. Кримінальна відповідальність за ст.365-2 КК УКРАЇНИ України: питання диференціації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. №10. С. 200-203..
5. Ніколенко Р.О. Новітні тенденції зарубіжного досвіду регулювання сфери публічних послуг і кримінальне право. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. №1. Ч. 2. С.179-181

6. Ніколенко Р.О. Санкції за зловживання повноваженнями особою, що надає публічні послуги. *Право та державне управління*. 2018. №1. Т. 1. С.227-231.

7. Ніколенко, Р.О. Проблема диференціації кримінальної відповідальності за ст. 365-2 КК України. *Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування*: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 7 лютого 2014 р.). Одеса: Фенікс, 2014. С. 127-128.

8. Ніколенко Р.О. Актуалізація дослідження кримінально-правової протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст.365-2 Кримінального Кодексу України). *Проблеми та стандарти дотримання захисту прав людини в Україні*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 17–18 серпня 2018 р. Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2018. С. С. 25-27.

9. Ніколенко Р.О. Кримінально-правова політика протидії злочину, передбаченому ст. 365-2 Кримінального Кодексу України. *Актуальні проблеми вдосконалення законодавства та правозастосування*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 26–27 жовтня 2018 року. Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина», 2018.С. С. 90-91.

10. Ніколенко Р.О. Деякі вади основного складу злочину, передбаченого ст. 365-2 Кримінального Кодексу України. *Людина і закон: публічно-правовий вимір*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 5–6 жовтня 2018 р. Дніпро: ГО «Правовий світ», 2018.С. 63-65.

11. Ніколенко Р.О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації. *Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві*: монографія /за заг. ред. В.О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2012. С.10-31.

12. Ніколенко Р.О. Криміналізація професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: монографія *Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції*: монографія /за заг. ред. С.В.Ківалова, В.О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2016. С.291-295.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
 РОЗДІЛ 1. «КРИМІНАЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ПРОТИДІЇ ЗЛОВЖИВАННЮ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ»	16
1.1. Загальні тенденції кримінально-правової протидії зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги.....	16
2. Тенденції криміналізації діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.....	43
 РОЗДІЛ 2. «ОСНОВНИЙ СКЛАД ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ.365 ⁻² КК УКРАЇНИ».....	76
2.1. Об'єктивні ознаки основного складу злочину, передбаченого ст.365 ⁻² КК України	76
2.2. Суб'єктивні ознаки основного складу злочину, передбаченого ст.365-2 КК України	112
 РОЗДІЛ 3 ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ: ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ПРОТИДІЇ.....	142
3.1. Кримінально-правові наслідки та проблеми ефективності протидії злочинам, передбаченим ст. 365-2 КК України.....	142
3.2. Співвідношення зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, із іншими злочинами та перспективи удосконалення кримінального законодавства.....	152
 ВИСНОВКИ	161

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ.....	170
------------------------	-----

ДОДАТКИ	201
---------------	-----

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Кримінальне законодавство і теорія кримінального права різних країн намагалися і намагаються знайти оптимальні відповіді на питання, які форми реалізації кримінальної відповідальності будуть найбільш ефективними і оптимальними для протидії правопорушенням осіб, які надають публічні послуги. Особливого значення ці напрями набувають у зв'язку з необхідністю вирішення питань про кримінальну відповідальність за корупційні злочини.

Демократичні перетворення, що відбуваються в Україні останнім часом, зумовили кардинальні зміни деяких принципових положень кримінальної політики. У низці її основоположних ідей стали визнаватися, насамперед, гуманізм і лібералізм, законність та економія кримінальної репресії. Водночас, ідеї тотальної лібералізації та гуманізації правозастосовчої практики без диференціації справедливого підходу до різних категорій кримінальних правопорушень і злочинців, не співвідносяться з реаліями сьогодення.

Світова стратегія протидії корупційній злочинності здійснюється трьома шляхами: розробка, застосування та забезпечення дотримання державних правових режимів поведінки з посадовими особами; впровадження та функціонування систем відповідальності службових осіб приватного сектору; створення транспарентності отримання доходів суб'єктами корупційних правопорушень з боку громадянського суспільства та фіскальних установ. Ця система не створює інтегративної послідовності невідворотності заходів відповідальності, але має на меті охоплення найбільш широкої мережі з метою протидії корупції загалом. З цієї точки зору позасистемне обмеження прав і свобод осіб, які вчинили корупційні правопорушення, є доцільним. Практика Європейського суду з прав людини заснована на констатації того, що реалізація прав та свобод громадян у демократичному суспільстві допускає виключення,

які повинні бути чітко визначені, і необхідність у будь-яких обмеженнях має бути переконливо доведена (Салабіаку проти Франції).

Нині в нашій державі відбуваються складні реформаційні процеси, поряд з якими питання вдосконалення та ефективності кримінального законодавства у протидії корупційним злочинам набуває виняткового значення.

Особливо гостро ці питання актуалізувались у зв'язку з прийняттям низки антикорупційних законів та науковими дискусіями стосовно диференціації кримінальної відповідальності відносно злочинів у службовій діяльності та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг.

На сьогодні відповідальність за злочинні посягання службових осіб та осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, передбачена різними розділами Особливої частини Кримінального кодексу України (далі - КК України).

Залежно від соціального статусу та ролі суб'єктів злочинів можна виділити загальні і спеціальні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Водночас, практика застосування доданої у 2011 р. до КК України статті 365⁻² залишається неоднозначною. Існують лише поодинокі випадки притягнення особи до кримінальної відповідальності за даний злочин.

Загальновизнано, що зловживання в сфері надання публічних послуг вважаються невирішеною проблемою у світовому правовому просторі. Ці зловживання впливають на економіку і політику, право та ідеологію не тільки малорозвинених держав, а й світових лідерів.

Нині і практики, і вчені погоджуються з думкою про те, що абсолютне викорінення зловживань у цій, як і в службовій сфері, мабуть, неможливе. Наразі головним завданням є локалізація цих протиправних явищ, зменшення їх обсягу та галузей існування.

Окремі аспекти догматичного аналізу зловживань повноваженнями особами, які надають публічні послуги, було розроблено у роботах

П.П. Андрушка, О.Ф. Бантишева, М.І. Бакая, Ю.В. Бауліна, П.С. Берзіна, Л.П. Брич, О.Ю. Бусол, Д.М. Горбачова, Ю.В. Гродецького, О.О. Дудорова, О.О. Житного, З.А. Загинеї, В.М. Киричка, Д.І. Крупко, В.М. Куца, О.М. Литвинова, М.І. Мельника, Д.Г. Михайленко, А.А. Музики, В.О. Навроцького, Є.О. Письменського, І.А. Подройкіної, А.В. Савченко, Є.Л. Стрельцова, В.І. Тютюгіна, П.Л. Фріса, М.І. Хавронюка, П.В. Хряпінського, О.В. Шемякіна, Ф.В. Шиманського, О.М. Юрченка, Н.М. Ярмиш та інших провідних учених.

І, нарешті, саме питанням кваліфікації зловживань повноваженнями особами, які надають публічні послуги, присвятили свої дисертаційні дослідження Ю.І. Шиндель «Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» (2014). М.В. Рябенко «Кримінально-правова охорона професійної діяльності з надання публічних послуг» (2016), І.П.Фріс «Кримінально-правове забезпечення охорони нотаріальної діяльності в Україні» (2015), Саламатова М.В. «Кримінальна характеристика та запобігання злочинам у сфері нотаріальної діяльності» (2015).

Втім, спеціальні дослідження загальних питань кримінальної політики протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги, проблеми ефективності застосування відповідної норми КК України в науковій літературі до цього часу у вітчизняній науці кримінального права не здійснювалися, що ще раз підтверджує актуальність даної проблеми, її теоретичне та прикладне значення.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертаційне дослідження виконано відповідно до плану науково-дослідної роботи кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» «Механізм кримінально-правового впливу в умовах сталого розвитку» на 2011-2015 рр. як складової плану науково-дослідницької роботи Національного університету «Одеська юридична

академія» на тему «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку Української державності та права» (державний реєстраційний номер 0110U000671) на 2011-2015 рр., а також плану науково-дослідної роботи кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» «Стан, тенденції та перспективи розвитку кримінального права у XXI столітті» на 2016-2020 рр. як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» (державний реєстраційний номер 0116U001842) на 2016-2020 рр.

Мета і завдання дослідження. Метою даної роботи є розробка теоретичних та прикладних аспектів кримінально-правової протидії зловживанням повноваженнями особам, які надають публічні послуги, а також внесення пропозицій про вдосконалення чинного кримінального законодавства України та практики його застосування в цій сфері.

Для досягнення цієї мети в роботі вирішувалися такі завдання:

визначити та охарактеризувати базові складові кримінальної політики протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги;

розглянути генезу становлення інституту кримінальної відповідальності за злочини, вчинені особами, які надають публічні послуги у кримінальному праві України та окремих зарубіжних країн;

охарактеризувати основний склад злочину за ст. 365⁻² КК України;

надати соціально-рольову характеристику суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365⁻² КК України, як конститутивного елементу криміналізації цього діяння;

з'ясувати кримінально-правові наслідки скоєння кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365⁻² КК України;

розглянути теоретичні підстави та умови ефективності кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги;

сформулювати теоретично обґрунтовані пропозиції про вдосконалення чинного кримінального законодавства України щодо зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Об'єктом дослідження є кримінальні правовідносини щодо відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Предметом дослідження є кримінально-правова протидія зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Методи дослідження. В процесі дослідження були використані загальнонаукові і спеціальні методи наукового пізнання, вибір яких зумовлений метою, об'єктом та предметом дисертаційної роботи. За допомогою історичного методу досліджено генези кримінального законодавства щодо зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (підрозділи 1.1, 1.2). Компаративістський метод використано для порівняння кримінального законодавства України з відповідними положеннями законодавства зарубіжних країн (Республіка Азербайджан, Республіка Болгарія, Голландія, Республіка Грузія, Данія, Естонська республіка, Республіка Казахстан, Киргизька республіка, Литовська республіка, Республіка Молдова, Франція, ФРН, Швейцарська конфедерація, тощо) (підрозділ 1.2).

З використанням догматичного методу та методу системного аналізу розглянуто об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, завдяки чому виявлено недоліки чинної редакції даної кримінально-правової норми, окреслено визначення меж і форм правового регулювання, змісту і напрямків ефективності протидії зловживанню повноваженнями, узагальнено характеристики діючого та перспективного

законодавства та сформульовано пропозиції щодо вдосконалення диспозиції ст. 365⁻² КК України (підрозділи 2.1, 2.2, 3.1,3.2).

Статистичний та соціологічний методи використовувалися при вивченні правозастосовчої практики та вибіркового інтерв'ю фахівців у галузі (підрозділи 1.1, 3.2).

Теоретичною основою дослідження є праці таких вітчизняних і зарубіжних фахівців, як П.П. Андрушко, М.І. Бакай, В.І. Борисов, О.Ф. Бантишев, О.Ю. Бусол, Б.В. Волженкін, В.О. Глушков, В.К. Грищук, О.О. Дудоров, С.Я. Лихова, А.А. Музика, М.І. Мельник, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, Н.А. Савінова, О.Я. Светлов, М.І. Слуцька, Є.Л. Стрельцов, В.О. Туляков, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, О.В. Шемякін та інших.

Емпіричну базу дослідження становлять: зведені дані вивчення окремих судових вироків за ст. 365⁻² КК України; узагальнення судової практики; показники статистичної звітності МВС України та Генеральної прокуратури України, матеріали особистих опитувань фахівців у галузі протидії корупції за 2011 – 2018 рр.

Нормативну базу роботи складають Конституція України, Кримінальний кодекс України та інші акти чинного законодавства України, а також акти кримінального законодавства окремих зарубіжних країн, міжнародні акти й угоди з питань протидії корупції та практика ЄСПЛ.

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертація є одним із перших в Україні спеціальних комплексних досліджень теоретичних і прикладних проблем кримінальної політики щодо протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Провідною ідеєю дослідження, якій підпорядковується викладення матеріалу, є констатація того, що у сучасних умовах боротьби з корупційними злочинами відбувається видозміна суспільно небезпечних посягань, яка зумовлюється можливістю їх учинення з використанням диверсифікації соціальних ролей та статусів суб'єктів корупційної діяльності.

У межах здійсненого дослідження одержано такі результати, що мають наукову новизну:

вперше:

доведено, що теоретико-методологічною основою боротьби зі злочином, передбаченим ст. 365⁻² КК України. є кримінально-правова політика протидії зловживанням у професійній діяльності, пов'язаній з наданням публічних послуг, як відносно самостійний напрям кримінально-правової політики України, під яким розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються в сфері професійної діяльності, пов'язаній з наданням публічних послуг;

обґрунтовано, що під впливом розвитку новітніх процесів управління та паралельно існуючих ним корупційних практик у сучасному суспільстві виникла низка груп нових суспільно-небезпечних діянь, до яких віднесено зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Аргументовано, що основною характерною рисою раніше невідомих суспільно-небезпечних діянь у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаній з наданням публічних послуг, є можливість їх вчинення новими суб'єктами, які з'являються у зв'язку з розвитком системи управління та інформатизації суспільства. Визначено, що основною причиною таких трансформацій є можливість учинення їх з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг;

встановлено, що під впливом розвитку професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, відбулася трансформація низки раніше відомих злочинів. До групи трансформованих злочинів належать: традиційні злочини, які у інформаційному суспільстві можуть вчинюватися у спосіб використання властивостей спеціального суб'єкта, та суспільно-небезпечні діяння

терористичної спрямованості, що здійснюються у спосіб використання професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг;

виявлено, що диверсифікація управлінських інститутів та розширення суб'єктного складу осіб, які надають публічні послуги, веде до масовості управлінських правопорушень, що формують латентну зону та унеможлиблюють адекватне правозастосування. Це знижує можливості ефективної кримінальної політики відносно притягнення до відповідальності осіб за ст. 365⁻² КК України;

сформульоване визначення основного складу злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, як зловживання своїми повноваженнями особою, яка професійно надає публічні послуги з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським або державним інтересам;

з'ясовано, що у зв'язку з невідповідністю встановленим практикою ЄСПЛ критеріям визначеності, ясності і недвозначності правової норми застосування основного складу ст. 365⁻² КК України носить обмежений характер, а кваліфіковані склади цього злочину не застосовуються взагалі. Вони криміналізовані штучно, з порушенням правил законодавчої техніки в частині виокремлення спеціальних потерпілих. Це надає можливість розглянути у майбутньому питання переведення основного складу виключно до кримінального проступку та декриміналізації деяких кваліфікованих складів;

удосконалено:

підходи до оцінки антикорупційної політики як мети кримінально-правової політики забезпечення розвитку суспільства через розмежування її функцій: вироблення політики щодо публічних послуг; надання публічних послуг; оцінювання функціонування системи надання публічних послуг тощо;

оцінку вад надання публічних послуг як нормативного, так і ненормативного характеру, що зумовлюють системно-правові передумови

криміналізації діянь у сфері професійного надання публічних послуг. Обов'язковою ознакою публічних послуг є те, що вони безпосередньо породжують юридичні наслідки. Розширення ознак та обсягу публічних та інших, пов'язаних з ними соціальних послуг, буде вести до порушення принципу визначеності та декриміналізації складу злочину;

характеристику об'єктивної сторони складу злочину як діяння, що полягає у використанні особою своїх повноважень, наданих у зв'язку зі здійсненням виключно професійної діяльності (в адміністративній, соціальній, житлово-комунальній, інформаційній, медичній, освітній, транспортній сферах, сферах надання правової допомоги та оздоровлення й відпочинку тощо). Це діяння є публічною послугою, тобто публічно-владною діяльністю суб'єкта управління, що пов'язана з виконанням його повноважень та спрямована на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи і здійснювана за її заявою;

понятійно-категорійний апарат, що стосується характеристик диверсифікації суб'єктного складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, шляхом розуміння суб'єктами цього злочину лише осіб, які безпосередньо надають публічні послуги, як це визначено в назві ст. 365² КК України, а не „пов'язаних з наданням таких послуг, про що йдеться в ч.1 цієї статті. „Пов'язаних” з цим процесом осіб існує безліч (технічні працівники, водії, кур'єри, охоронці тощо), але кримінально-правова заборона, передбачена цією статтею КК України, має розповсюджуватися лише на осіб, які безпосередньо надають такі послуги;

механізми вчинення злочинів з використанням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, в частині розуміння характеристик адміністративних послуг;

дістало подальшого розвитку:

положення про те, що зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце у процесі застосування та дотримання використання юридичних норм, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння;

теза про визначення зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, як діяльності, що: 1) відбувається лише через здійснення суб'єктами їхніх суб'єктивних прав; 2) завжди є умисною поведінкою; 3) заподіює непропорційну шкоду учасникам правовідносин.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що висновки та пропозиції, сформульовані в дисертації, можуть бути використані у:

науково-дослідній діяльності - для подальшого дослідження проблем кримінально-правової політики протидії корупційним відносинам та злочинам у сфері надання публічних послуг;

правотворчій діяльності – для вдосконалення національного законодавства в частині протидії злочинам у сфері надання публічних послуг з урахуванням міжнародних антикорупційних стандартів а позитивного законодавчого досвіду окремих зарубіжних країн (відповідний законопроект подано до профільних комітетів Верховної Ради України);

правозастосовній діяльності – при вирішенні проблем кваліфікації злочинів, що вчиняються зі зловживанням правом на надання публічних послуг;

навчальному процесі - при викладанні навчальних курсів «Кримінальне право України. Загальна частина», «Кримінальне право України. Особлива частина», «Теорія/проблеми теорії кваліфікації злочинів», підготовці робочих програм, підручників, навчальних посібників, методичних рекомендацій із зазначених дисциплін (Акт впровадження в навчальний процес Національного університету Одеська юридична академія» від 06 листопада 2018 р.);

правовиховній діяльності - для формування правових знань і навичок всіх категорій населення, які беруть участь в отриманні публічних послуг.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійною науковою працею, всі результати представленої роботи, сформульовані у ній висновки, положення та рекомендації ґрунтуються на особистих дослідженнях автора. В опублікованій у співавторстві статті «Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації» особистий внесок здобувача полягає в аналізі правової регламентації кримінальної політики. Наукові ідеї та розробки, що належать співавторам, у дисертації не використовувались.

Апробація результатів дисертації. Основні положення дисертації обговорювалися на засіданнях кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», а також доповідалися на конференції «Розвиток держави і права в сучасних умовах: досвід, реалії, перспективи» (м. Луганськ, 15 квітня-11 липня 2010 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування (м. Одеса, 7 лютого 2014 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Кримінально-правова політика України у дискурсі рішень Європейського суду з прав людини» (м. Одеса, 22 липня 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 17–18 серпня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні проблеми вдосконалення законодавства та правозастосування» (м. Запоріжжя, 26–27 жовтня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Людина і закон: публічно-правовий вимір» (м. Дніпро, 5–6 жовтня 2018 р.).

Результати дисертаційної роботи є складовою фундаментального наукового дослідження «Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків у кримінальному праві України» (державний реєстраційний номер 0112U000690).

Публікації. Основні положення, теоретичні висновки та практичні рекомендації, сформульовані в дисертації викладені у 5 наукових статтях,

опублікованих у фахових виданнях, перелік яких затверджений МОН України, 1 статті, опублікованій у зарубіжному періодичному виданні з юридичного напрямку, а також у 4 тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації зумовлені метою і завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів які містять шість підрозділів, висновків, списку використаних джерел (280 найменувань) і додатків. Загальний обсяг дисертації становить 209 сторінок, з яких основний зміст – 169 сторінок.

РОЗДІЛ 1

КРИМІНАЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ПРОТИДІЇ ЗЛОВЖИВАННЮ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ

1.1. Загальні тенденції кримінально-правової протидії зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги

Відомо, що ліміт кримінально-правової кари пов'язано саме зі станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування кари як з боку держави, так і мовчазним дозволом суспільства на застосування примусу щодо окремих його членів. Причому кримінально-правовий примус (покарання та інші заходи кримінально-правового впливу) та кримінально-правовий компроміс, знаходячись у формальній суперечності, забезпечують ефективне обмеження каральної влади держави [1, с.11-12].

Поруч з цим такі обмеження носять селективний характер та залежать у більшому ступені від характеристик кримінальної політики, видів активності, суспільно-небезпечних наслідків діяння. Підкреслимо також, що згідно положенням ст. 22 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, сторони домовилися спрямувати спільні зусилля на вирішення проблеми корупції як у приватному, так і у державному секторі [2].

Проблеми диференціації кримінальної відповідальності і індивідуалізації покарання за корупційні злочини є одвічно актуальними. Кримінальне законодавство і теорія кримінального права різних країн намагалися і намагаються знайти оптимальні відповіді на питання:

а) хто має бути суб'єктом кримінально-правових відносин і може нести відповідальність за корупційні злочини;

б) які межі кримінальної відповідальності будуть найбільш оптимальними і розумними для різних за своїм статусом осіб, які надають публічні послуги?

Сучасна кримінальна політика України орієнтована на посилення протидії тяжким і особливо тяжким злочинам при одночасному пом'якшенні кримінальної відповідальності за злочини невеликої і середньої тяжкості. Демократичні перетворення, що почалися в Україні з 90-х років минулого сторіччя, зумовили кардинальні зміни принципових положень кримінальної політики. У ряді її основоположних ідей стали признаватися, в першу чергу, гуманізм і лібералізм.

Проте, ідеї лібералізації і гуманізації правозастосовчої практики без диференціації підходу до різних категорій злочинів і злочинців, не співвідносне з реаліями сьогодення. Особливе значення ці напрями набувають у зв'язку з рішенням питань про кримінальну відповідальність за корупційні злочини. Сьогодні ліміт кримінально-правової кари за корупційні злочини розглядається через зв'язки зі станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування примусу як з боку держави, так і за згодою суспільства на застосування примусу щодо окремих його членів.

Зловживання повноваженнями особами, які професійно надають публічні послуги, є сутнісно «зловживанням службовим становищем» суб'єктами, що не є державними службовцями, криміналізованим як додаткова відповідальність осіб приватного сектору в системі протидії корупційним правопорушенням. Як правильно зазначив Д.Г. Михайленко: «Корупція в публічному секторі управління й корупція в приватному секторі управління характеризуються суттєвими відмінностями, які в кінцевому підсумку виражаються в спричиненні різних за рівнем небезпеки наслідків (корупція в публічному секторі управління є значно небезпечнішою). Такий стан справ зумовив необхідність виявлення сутнісних ознак розмежування корупції в наведених вище сферах, а також диференціації правового регулювання протидії їй залежно від належності її до

відповідної сфери. Хоча на перший погляд корупція характеризується розшаруванням на сфери за властивостями відповідних уповноважених суб'єктів правопорушень, проте це лише є нормативним критерієм, у основі якого лежать особливості та значимість суспільних відносин, які зазнають правового регулювання з боку норм антикорупційного законодавства.

Головною відмінністю між цими групами злочинів є те, що лише посягання з боку публічних службовців призводять до послаблення державної влади, влади місцевого самоврядування чи встановленого законодавством порядку здійснення інших публічних функцій у юридичних особах публічного права. Втім, у науковій літературі майже не приділено уваги саме сутнісному та нормативному критерію диференціації правового впливу на корупцію в Україні» [3, с.136].

Також про підвищену актуальність питань боротьби зі злочинністю у службовій сфері та у галузі надання публічних послуг свідчать і вислови вищих посадових осіб держави, і зацікавленість з указанного приводу суспільства та засобів масової інформації.

Зміни, внесені до Розділу XVII Особливої частини КК України Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон України від 7 квітня 2011 р.), обумовлені ратифікацією Україною Конвенції ООН проти корупції (підписана від імені України 11 грудня 2003 р. у м. Меріда (Мексиканські Сполучені Штати)), Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією (підписана від імені України 27 січня 1999 р. у м. Страсбурзі) та Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (підписаний від імені України 15 травня 2003 р. у м. Страсбурзі). Низка законів України, прийнятих за останні роки, саме присвячена питанням удосконалення діючого законодавства про протидію корупційним злочинам, та зловживанням у сфері надання публічних послуг, але ретельного наукового аналізу у зв'язку із динамічністю змін законодавства та

суспільних перетворень, ще не отримала (Закони «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18 квітня 2013 року №222-VII – у частині, що вступила в силу з 15 грудня 2013 року; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації державної антикорупційної політики» від 14 травня 2013 року №224-VII – у частині, що вступила в силу з 1 січня 2014 р. та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23 травня 2013 року №314-VII – у частині, що вступив в силу з 1 вересня 2014 року) і усі вони потребують подальшого наукового осмислення.

Безумовно, перспектива вступу в силу нового антикримінального законодавства, яке вводить до наукового обігу концепти кримінального правопорушення та певним чином змінює потенціал кримінальної політики України також має суттєву значущість для розвитку проблеми.

Поруч з цим, з квітня 2011 по теперішній час диспозиція та санкція основного та кваліфікованих складів ст.365⁻² змінювалася шість разів. Останніх змін ці норми КК України зазнали 06 жовтня 2016 року, а тому, на жаль, у даний час відсутній який-небудь достовірний аналіз статистичних даних, вірогідні характеристики кількісних або якісних показників рецидиву даних видів злочинів, які б свідчили про ефективність застосування чинних норм. Трансформація соціального попиту веде до розвитку нової системи сервісів у галузі державного управління та збільшення публічних послуг. Наприклад, за 2012 р. лише 6 осіб за даними МВС України було притягнуто до відповідальності за ст.365⁻². Зважаючи на масовий характер надання публічних послуг та вочевидь прогнозовану тенденцію до збільшення кількості таких правопорушень, рівень зареєстрованої злочинності у цій сфері невисокий.

Під впливом розвитку новітніх процесів управління та корупційних практик у сучасному суспільстві виникає низка груп нових суспільно небезпечних діянь, до яких віднесено зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Певна штучність криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, підтверджується статистичними даними Генеральної прокуратури України, згідно яким кількість кримінальних правопорушень, зареєстрованих за останні 5 років за статтею 365⁻² КК України має тенденцію до спонтанного збільшення – від 12 випадків у 2012 р. до 0 випадків у 2013 р., до 4 у 2014, 2 у 2015, 8 у 2016, 9 у 2017 р. [4].

Парадоксальність вказаної ситуації певним чином відображується у сучасній політиці протидії злочинності.

Як слушно зауважив Є. Стрельцов: «Кримінальне право виконує ніби подвійну роль у суспільному житті. Спочатку воно криміналізує певне діяння, а потім починає з ним «боротися». І в цьому немає нічого дивного. Спочатку виявляється людське діяння, яке за ступенем суспільної небезпеки посягає на найбільш важливі цінності, які існують, а потім вже пропонуються кримінально-правові заходи, які спрямовані на протидію цьому діянню. Але так може відбуватися тільки тоді, коли процеси переведення певного діяння або кола діянь до категорії злочинних, тобто процеси криміналізації, є з усіх сторін, безумовно, «стерильними». Якщо такі процеси втрачають необхідну «стерильність» навіть на мінімальному рівні, то криміналізація будь-яких діянь починає набувати зовсім інших наслідків, ніж ті, які проголошувалися» [5, с. 104].

Звідси можемо констатувати, що саме таке ми бачимо у процесі криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Заважаючи на численність вчинення латентних злочинів у службовій та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг, беручи до уваги велику кількість змін та доповнень, що вносились до КК України

останніми роками, актуальним є дослідження організації кримінально-правової політики зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Нині в нашій державі відбуваються складні реформаційні процеси, поряд з якими питання удосконалення та ефективності кримінального законодавства набуває особливого значення. Значну увагу цьому приділяє Одеська юридична школа [6-13].

Питання кримінально-політичної оцінки корупційних злочинів висвітлено у роботах значної кількості українських фахівців у галузі публічного права, управління, кримінології. Враховуючи те, що корупційні відносини, поруч з бюрократизмом, проституцією та іншими фоновими явищами є невід'ємним супутником цивілізаційного процесу, значна кількість досліджень носить формально правильний, але поверхневий характер, прагнучи до створення узагальнень, які формально відповідаючи ознакам наукової новизни, повторюють загальновідомі висновки теорії управління, девіантології, філософії права. Наприклад, в одному останньому дослідженні було розглянуто теоретичні засади механізмів запобігання та протидії корупції в органах місцевої влади. В дисертаційній роботі у цілому було розкрито й охарактеризовано сутність, зміст, форми та основні детермінанти **соціетального** феномену корупції; проаналізовано світовий досвід та сучасний стан запобігання й протидії корупції в органах місцевої влади України; здійснено суб'єктний аналіз органів місцевої влади України та виокремлено сім груп суб'єктів корупційних відносин - покривачів корупції-організаторів корупційних мереж; власне корупціонерів-посадовців органів публічної влади; посередників корупційних дій; корупціонадавців; представників силових антикорупційних органів; постраждалих від корупції та мовчазних спостерігачів корупційних відносин. Доведено, що дієва антикорупційна політика в Україні неможлива без послідовних, спланованих і скоординованих системних дій органів публічної влади як на загальнодержавному, так і

особливо на місцевому рівнях. Така антикорупційна політика має поєднувати три стратегічні напрямки - стратегію суспільного усвідомлення, стратегію попередження та стратегію невідвратної відплати [14].

Зазначимо, що пов'язаний із розповсюдженням корупційних відносин на території України політичний дискурс питання не може бути ефективно реалізований без нормативної складової та ролі громадянського суспільства у цьому. Еклектика теоретичних розробок є вельми цікавою, поки мова не йде про їх ефективність. Незважаючи на масу експертів та спеціалізованих організації у площині боротьби з корупцією, прагнення політичних лідерів та певні настанови та посібники, світ, за виключенням досвіду Естонії з її чітко виписаними нормативними установленнями та прозорістю державних послуг і рівністю усіх громадян у доступі до останніх, не може похвалитися успішним досвідом у протидії корупції. Система привілеїв та імунітетів, політика подвійних стандартів є суттєвим недоліком на цьому шляху. Наприклад відомо, що у Норвегії усі громадяни подають звіти до фіскальних органів, починаючи зі Середньовіччя. Зрозуміло, що у таких умовах ухилення від сплати податків та пов'язані з останнім корупційні сервісні відносини неможливі. Деретуляція та введення в експлуатацію системи стаціонарних та мобільних Центрів надання адміністративних послуг надали можливість скоротити можливості зловживань правом в тисячі раз. Поруч з тим транспарентність діяльності та відповідальність виконавців публічних послуг, що залишилися, зостається достатньо невисокою не тільки в Україні, але й у більшості інших країн.

Загальновизнано, що зловживання правом в сфері надання публічних послуг вважається невирішеною проблемою у світовому правовому просторі. Ці послуги з одного боку визначаються як нормативно закріплена діяльність, з іншого - як один із різновидів державних функцій, а їх вироблення є функцією з надання сервісів, що включає: захист прав, свобод, цінностей та потреб фізичних осіб, організацій (установ); розподіл матеріальних ресурсів; надання

повної, своєчасної, правдивої інформації; отримання методичної допомоги; консультативна підтримка та супровід.

Відомо, що у дослідженні Transparency International “Індекс сприйняття корупції” (CPI) за цим індексом сприйняття корупції Україна у 2010 р. обійняла 134 місце з-поміж 178 можливих, у 2011 р. – 152 зі 182, у 2012 р. – 144 зі 174, у 2013 р. – 144 зі 177, у 2014 р. – 142 зі 175, у 2015 р. – 130 зі 168, у 2016 р. – 131 зі 176 [15, с.5]. У 2017 році Україна здобула 30 балів зі 100 можливих за 2017 рік і посіла 130 місце У 2018 році, порівняно з попереднім роком, Україна покращила свої результати – 32 бали та 120-е місце серед 180 країн (2017 рік – 30 балів, 130-е місце). Поруч з цим, серед країн пострадянського блоку, за даними Transparency International, Україні вдалося обійти лише Росію, яка з 28 балами займає 138-е місце. З точки зору вчених-кримінологів (О. Бусол, В. Дрьомін, А. Закалюк, М. Мельник) криміналізація інституціональних процесів управління суспільством та державою є об’єктивним явищем, пов’язаним із процесами відтворення та самодетермінації злочинності, зловживаннями правом та владою на усіх рівнях соціальної взаємодії.

Ці зловживання впливають на економіку і політику, право та ідеологію не тільки малорозвинених держав, а й світових лідерів. Нині і практики, і вчені погоджуються з думкою про те, що абсолютне викорінення зловживань в сфері надання публічних послуг, як і в сфері службових правовідносин, мабуть, неможливе. Регулювання запиту щодо вироблення, регулювання та надання послуг між органами влади, органами місцевого самоврядування (виробниками) та громадянами (споживачами) відбувається з врахуванням потреб та інтересів громадян [16, с.157]. Проте, наскільки криміналізованим є попит на отримання послуг із застосуванням зловживання правом чи владою? Як масовість зловживань правом та правового нігілізму впливає на рівень корупційних відносин? Як непрозорість («інтимність») системи послуг впливає на рівень зловживань? Яка система ефективної протидії корупційним послугам

повинна бути сформульована та реалізована? Відповідей на ці питання у повному обсязі, на жаль, світова практика не має.

Так, дійсно, протидія корупційним правопорушенням повинна носити системний характер. Але стратегія, за якою представники державного управління суттєво обмежуються в їх праві на справедливий суд та праві бути покараними (В. Туляков), веде до тінізації відносин та росту позаінституційних послуг та кримінальних практик. Більш того, вона не враховує проблеми організації справедливого поводження з правопорушниками, застосування інших, ніж покарання, заходів кримінально-правового впливу. Звідси неможливість тлумачення та чіткого розуміння судової практики, звідси – безкарність та латентність, неможливість зниження рівня латентності, масову фрустрацію та формування прошарку злочинів ненависті відносно представників державної служби, та інших осіб, що надають державні послуги. У ситуації зростання політичних конфліктів та соціальної нестабільності це веде до масової аномії та корупції, обумовленої не тільки вадами системи управління, але й іншими, самодетермінаційними процесами.

Справа до того ж і у тому, що під впливом розвитку професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, низка раніше відомих злочинів суттєво трансформувалися. Основні закономірності видозміни раніше відомої злочинності та виникнення нових видів суспільно небезпечних діянь, які відбуваються під впливом розвитку сучасних корупційних практик, виходять з того, що основною причиною таких трансформацій є можливість учинення їх з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг.

Наразі головним завданням є локалізація цих протиправних явищ, зменшення їх обсягу та сфер існування [17-18]. Особливо гостро це питання актуалізувалось у зв'язку із прийняттям низки антикорупційних законів, із внесенням до КК України статті 365⁻² та науковими дискусіями стосовно диференціації кримінальної відповідальності стосовно злочинів у службовій

діяльності та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг. Тобто трансформація попиту веде до розвитку нової системи сервісів у галузі державного управління та протидії негативним проявам в останній [19-20].

На жаль, відбуваються і відповідні перетворення у сучасній злочинності. Так, до групи трансформованих злочинів належать: традиційні злочини, які у сучасному інформаційному суспільстві можуть вчинюватися у спосіб використання властивостей спеціального суб'єкта, та відносно нова група суспільно небезпечних діянь терористичної спрямованості, які здійснюються у спосіб використання професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Це пов'язане як з розвитком суспільних відносин так і з актуалізацією транснаціональної (організованої) злочинності у останній період.

Незаконний обіг капіталів, торгівля людьми, обіг зброї та наркотиків, експлуатація проституції, незаконна міграція, торгівля культурною спадщиною, посягання на екологічну безпеку носять наднаціональний характер та неможливі без влаштування та користування транснаціональної мережі осіб, які спеціалізуються на наданні специфічних послуг, чи зловживають своїм становищем при здійсненні владних повноважень всупереч суспільним інтересам. За даними експертів комісії ООН з попередження злочинності та незаконного обігу наркотиків, терористи, як і організовані злочинці, є втягненими в корумповані операції з урядовими службовцями для власного виживання, оскільки вони залежать від контрабанди зброї, та ринку тіньових послуг, що вимагає змови чиновників. Система відкатів при поширеній системній корупції у державі також служить як інструмент найму різних терористичних організацій. Додатково послуги, що надаються недержавними суб'єктами, адресують громадянам перспективу, завдяки якій використання можливостей їхнього капіталу у спосіб зловживання правом при наданні відповідних послуг витісняє державу з певного ринку. Фахівці Transparency International стверджують, що пов'язаність злочинності, корупції і тероризму найбільш очевидні з міждержавними наднаціональними терористичними

угрупованнями як ISIS на Близькому Сході чи Армія звільнення Араукану у М'янмі, Боко Харам в Африці, тобто взаємозв'язки між зловживанням при наданні публічних послуг присутні у всьому світі та них потрібно визнати та розглядати як ключову проблему безпеки.

Тероризм все більше функціонує як бізнес, який залежить від злочинних організацій і підпитується корупцією. Терористи диверсифікують асортимент незаконної продукції. Для отримання прибутку та фінансування актів терору використовуються незаконна торгівля зброєю, особами, наркотиками, контрабанда та фальсифікація сигарет, та спиртних напоїв, фальсифікація ліків, контрабанда предметів старовини, а також природних ресурсів (золото, дорогоцінні метали, камені, мінерали, продукти дикої природи, вугілля та нафти). Терористи як і організовані злочинці потребують професійних послуг: експерти-фасилітатори дозволяють терористам брати участь у аналізі витрат та вигод, контролювати постачання, шукати стратегічні альянси.

Професійні посередники переміщують незаконні доходи терористів від злочинної діяльності через міжнародні фінансові системи. Відомо, що серед славнозвісних Панамських паперів знаходилися не тільки посилення на рахунки чиновників та бізнесменів, але й організованих злочинців та терористів. Справа доходить до абсурду, коли органи антитерористичної спрямованості здійснюють сумісний корупційний бізнес з терористами. Відомо, наприклад, своєрідне відношення ЦРУ до виробництва опію та героїну в Афганістані на територіях, що контролюються талібами; у М'янмі найбільша кількість метамфетаміну із прекурсорів, які поступають із регіонів Золотого Трикутника, якій контролюється терористичними угрупованнями, виробляється на територіях під юрисдикцією уряду.

Корупція є базисом для злочинів терористичної спрямованості, оскільки підриває управління, економіку, охорону здоров'я, соціальну сферу, порядок та сталий розвиток у всіх регіонах світу. Вона делігімітизує сферу державних

послуг, сприяючи скоєнню злочинів. Саме цьому експерти стверджують про необхідність єдиного міжнародного підходу до протидії корупції.

У сфері протидії корупції існує ряд міжнародних конвенцій, які в силу їх ратифікації є обов'язковими для України. До них відносяться Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією[21], Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією[22] та Додатковий протокол до неї[23], Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності [24] та Протоколи до неї, Конвенція ООН проти корупції [25] тощо. Зазначені міжнародні акти встановлюють стандарти засобів правового впливу на характеристики злочинів у службовій діяльності та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг і суттєво вплинули на модернізацію законодавства України у цій сфері.

Зміни у сучасній кримінальній політиці України щодо протидії антисуспільній діяльності, пов'язаній з наданням публічних послуг, що було внесено до Розділу XVII Особливої частини КК України, обумовлені ратифікацією Україною Конвенції ООН проти корупції (підписана від імені України 11 грудня 2003 р. у м. Меріда (Мексиканські Сполучені Штати)), Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією (підписана від імені України 27 січня 1999 р. у м. Страсбурзі) та Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (підписаний від імені України 15 травня 2003 р. у м. Страсбурзі), іншими міжнародними зобов'язаннями України у галузі забезпечення верховенства права та безпеки на Європейському континенті.

На сьогодні відповідальність за злочинні посягання службових осіб та осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, передбачена різними розділами Особливої частини КК України.

Залежно від конструкції суб'єктного складу злочинів, які можуть бути вчинені службовими особами, а також особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, можна виділити загальні і

спеціальні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Службові злочини взагалі та їх окремі склади вивчали у своїх працях такі радянські (А.В. Галахова, Б.В. Здравомислов, А.К. Квіцінія, В.Ф. Кириченко, М.Д. Лисов, А.Н. Трайнін та інші) та сучасні вчені (П.П. Андрушко, О.Ф. Бантишев, О.Ю. Бусол, О.О. Дудоров, М.І. Мельник, А.А. Музика, М.І. Хавронюк, Д.Г. Михайленко, А.А. Стрижевська, О.Я. Светлов, Є.Л. Стрельцов, В.І. Тютюгін та інші), однак більшість праць не присвячена зловживанню повноважень особами, які надають публічні послуги. Існують дисертаційні дослідження, у яких розглядалися питання кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги [26, 27], проте проблем кримінальної політики у цій галузі вони не вирішують.

З точки зору об'єктивної сторони основного складу злочину, що вивчається, діяння, яке полягає у аморальному чи протиправному використанні особою своїх повноважень, наданих у зв'язку із здійсненням професійної діяльності (в сфері адміністративній, соціальній, з надання правової допомоги, житлово-комунальній, інформаційній, медичній сфері оздоровлення й відпочинку, освітній, транспортній, тощо), є публічною послугою - тобто публічно-владною діяльністю суб'єкту управління, яка пов'язана із виконанням його повноважень та спрямована на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи і здійснювана за її заявою [28 - 29].

Таке визначення публічної послуги є достатньо аморфним поняттям, зміна змісту якого залежить від характеристик розвитку інституційних складових системи державного управління, централізаційних чи децентралізаційних процесів, економічного і політичного стану держави, розвитку системи паралельних послуг у сфері громадянського суспільства та економіки, віртуальності системи державного управління, її прозорості, стан розвитку громадянського суспільства та соціального контролю. Звідси

аморфність поняття не дозволяє сьогодні чітко визначити пріоритети та перспективи розвитку кримінальної політики у цій сфері, обмежує предметні складові останньої.

Відомо, що фахівець у галузі визначення теорії кримінальної політики України П.Л. Фріс формулює предметні основи кримінально-правової політики наступним чином: основні принципи; питання криміналізації та декриміналізації;

характер караності та умови звільнення від відповідальності; визначення альтернативних до покарання кримінально-правових заходів впливу; тлумачення законодавства; вплив на ефективність норм кримінального права; визначення шляхів ефективності кримінально-правової політики; підвищення рівня правосвідомості [30, с. 37–38].

Це надає можливість охарактеризувати ці основні елементи через актуалізацію питання кримінальної відповідальності за надання публічних послуг.

З нашої точки зору, принципи права та правозастовної діяльності у сфері криміналізації та декриміналізації публічних послуг є концептами та керівними ідеями, спрямованими на досягнення специфічними заходами кримінально-правового впливу та поводження з правопорушниками наступних цілей у представників системи державних сервісів. П.Л. Фріс обґрунтовує, що «...принципи кримінального права – це фундаментальні ідеї, які лежать в основі побудови кримінального права, визначають його систему та методи реалізації» [30, с. 44]. Доцільність та законність, невідворотність кримінальної відповідальності, економія кримінальної репресії, соціальна справедливість; захист основних прав та свобод вимагають як загальні принципи кримінальної політики певних обмежень системи та правил реалізації публічних послуг та відповідальності за їхнє порушення у якості кримінально-правової реакції держави [31, с.17].

До ідеологічних основ правил реалізації публічних послуг у інформаційному суспільстві можуть бути віднесеними: виховання розуміння сучасних соціально-правових проблем держави й світу; усвідомлення їх важливості, актуальності і універсальності, (зв'язку локальних з регіональними і глобальними); відродження кращих традицій українського народу та світової спільноти в діяльності по відправленню державних сервісів; формування розуміння необхідності подолання правового нігілізму та аномії; розвиток особистої відповідальності за стан законності та правопорядку на місцевому регіональному, національному і глобальному рівнях; розвиток умінь приймати відповідальні рішення щодо проблем надання державних сервісів; оволодіння нормами етики та психології публічної діяльності, медіації та посередництва [30].

Формування таких навичок у державних службовців у системі сервісів досягається поетапно шляхом вирішення освітніх і виховних завдань та вдосконалення практичної діяльності. Саме формування якісного законодавства, яке сприймається та інтеріорізується суб'єктами надання публічних послуг є основою для цього.

Зрозуміло, що норми КК України відіграють у такий спосіб лише додаткову роль, проте саме вони у рамках сучасної моделі формування, реалізації та відтворення публічних послуг є гарантом зниження бюрократизму та патерналізму при державній діяльності [32].

Характер караності діяння у даному випадку формує окремий пласт суспільних відносин у кримінально-політичному сенсі.

Справа у тому, що суттєві обмеження, пов'язані із додатковими заборонами застосування окремих норм КК України (звільнення від відповідальності та покарання, привілеї та імунітети), призводять до звуження можливостей справедливого поводження з правопорушниками, порушують права і свободи громадян. Вважаємо, що реалізація кримінальної політики в такий спосіб не завжди веде до поліпшення соціальної напруги у країні.

Так, дійсно, протидія корупційним правопорушенням повинна носити системний характер. Але стратегія, за якою представники державного управління суттєво обмежуються в їх праві бути справедливо покараними, веде до тінізації відносин та росту позаінституційних послуг та кримінальних практик. Так, наприклад, є доцільним введення низки правообмежень для осіб, які вчинили корупційний злочин.

Проте не в спосіб, який протирічить Загальній частині КК України.

Вважаємо, що визначення корупційних злочинів та підстав відповідальності за них у примітці до ст.44 КК України є самостійною особливою (*sui generis*) підставою кримінальної відповідальності поруч із підставами відповідальності за співучасть та попередню злочинну діяльність. Така констатація та відповідне визначення у законі певним чином обмежила б справедливу критику законодавця, який реалізував кримінально-політичні питання протидії корупційному наданню публічних послуг не в спосіб, що відповідає логіці конструювання Загальної частини КК України.

Більш того, існуюча система відповідальності не враховує проблеми організації справедливого поводження з правопорушниками, застосування інших, ніж покарання, заходів кримінально-правового впливу, виходить як у законопроектних роботах та майбутньому законодавстві з питань введення у науковий та правовий обіг законодавства про кримінальні проступки з хибної практики формування санкцій у спосіб, який протирічить положенням Загальної частини КК України, а втім, не може бути застосований, враховуючи приписи ч.1 ст.65 КК України, щодо врахування положень Загальної частини КК України при призначенні покарання.

Звідси неможливість тлумачення та чіткого розуміння судової практики, звідси – безкарність та латентність, неможливість зниження рівня латентності, масова фрустрація та формування прошарку злочинів ненависті відносно представників державної служби, та інших осіб, які надають державні послуги.

Вважаємо, що для нейтралізації таких факторів необхідне послідовне вирішення питання оптимального співвідношення кари та інших заходів примусу при поводженні з корупційними правопорушниками, формування нової, демократичної кримінально-правової політики та політики, спрямованої на розвиток та транспарентність системи адміністративних послуг. Можливий у майбутньому також розгляд питання трансформації категоріального апарату проблеми, за яким центральним елементом складу саме стане категорія публічно-правових послуг.

З нашої точки зору, враховуючи міжнародні, соціально-політичні, економічні, системно правові, управлінські та духовні передумови, кримінально-правова політика у галузі забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є відносно самостійним напрямом розвитку кримінально-правової політики України.

Під нею розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються в сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг та організацію справедливого поводження з правопорушниками.

Об'єктом кримінально-правової політики у сфері забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг має бути визнаною система заходів, спрямованих на розробку і запровадження кримінально-правових засобів протидії порушенням права на отримання публічно-правової послуги в Україні та поводження з правопорушниками.

Суб'єктами – система органів соціального контролю, виконавчої, судової та законодавчої влади.

Змістом – забезпечення інституціональної безпеки держави та суспільства у сфері надання державних послуг, їх транспарентності, охорона прав фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави, міжнародного правопорядку.

Кримінально-політична сфера сучасної пенальної науки, яка «відіграє важливу роль у правовому забезпеченні діяльності держави з охорони прав та інтересів громадян, інтересів суспільства та держави» [30, с. 77] повинна стати орієнтиром подальших розвідок у питанні характеристик сучасної протидії зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Боротьба із службовою злочинністю є однією з найгостріших проблем у діяльності правоохоронних органів України. Про це, зокрема, свідчать чисельні публікації в засобах масової інформації та наукові дослідження, прийняття низки антикорупційних законів.

Цілком очевидно, що протидія зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги не є достатньо ефективною.

Не в останню чергу це викликано неоднозначною практикою формулювання та застосування положень кримінального законодавства, які встановлюють відповідальність за службові злочини [34]. Злочин, передбачений ст. 365⁻² Кримінального кодексу України «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» входить до складу Розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини Кримінального кодексу України. У чинній редакції диспозиція статті 365⁻² виглядає наступним чином:

«1. Зловживання своїми повноваженнями аудитором, нотаріусом, оцінювачем, уповноваженою особою або службовою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), або державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, державним виконавцем, приватним виконавцем з метою отримання

неправомірної вигоди, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, -

карається обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років.

2. Те саме діяння, вчинене стосовно неповнолітньої чи недієздатної особи, особи похилого віку або повторно, -

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, -

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна або без такої» [35].

Навіть перший погляд на диспозицію норми, надає можливість зазначити не тільки її певну аморфність, але й суттєві недоліки законодавчої техніки, пов'язані із:

- встановленням у диспозиції основного складу переліку конкретних суб'єктів злочину, персоніфікованих за соціальними ролями, навпаки традиції визначення правового режиму спеціального суб'єкту (службова особа, військовослужбовець, особа, яка професійно надає публічні послуги);
- комбінацією у диспозиції основного складу оцінних понять (публічні послуги) з бланкетними.(експерт, аудитор, нотаріус);
- поширеністю концепту публічних послуг майже на всі відносини, пов'язані з виконанням професійної діяльності у сфері державних та суспільних сервісів;

- визначенням окремих категорії спеціальних потерпілих у кваліфікованому складі злочину за ознаками потенціальної, а не реальної віктимності;

- невідповідністю ступеня тяжкості санкцій у основному та кваліфікованому складах положенням Загальної частини КК України, та санкціям «паралельної» за значущістю норми (ст.364 КК України).

Фахівцями зазначено, що кількість адміністративних послуг, узгоджених в реєстрі державних послуг, не відповідає повній кількості послуг, які надаються, а отже потребує коригування і уточнення. Тому вважається, що для оцінки того, як та яким чином криміналізувати таку діяльність, необхідним є удосконалення інструментарію інформаційного забезпечення системи надання адміністративних послуг на основі реалізації наступних заходів: підтримка забезпечення комплексної інформатизації Центрів надання адміністративних послуг в процесі побудови єдиного інформаційного простору; надання консультативної допомоги населенню в процесі отримання доступу до Єдиного державного порталу адміністративних послуг з метою скорочення інформаційної надлишковості та використання єдиних правил відкритих стандартів обміну та форматів даних; забезпечення належного рівня координації, доступу до інформації та взаємодії між учасниками процесу реформування системи надання адміністративних послуг; проведення системних тренінгів із забезпечення інформаційної грамотності населення, та створення умов вільного доступу громадян до інформаційної інфраструктури; впровадження стимуляційних заходів генерування інформаційних ресурсів сприяння демократичним перетворенням, передбачивши надання номенклатури електронних адміністративних послуг населенню сільської місцевості; підтримка забезпечення громадської дискусії щодо реалізації партнерських відносин між населенням та владою в процесі побудови інформаційного суспільства [36].

Поруч з цим, практика законодавця по постійній зміні суб'єктного складу злочину буде вочевидь не йти на користь правозастосуванню.

До того ж, як ми казали, диспозицію основного складу виписано з суттєвим порушенням правил законодавчої техніки; використанням синонімічних термінів, всупереч традиційним; зловживанням використанням оцінних понять, що унеможлиблює єдине та адекватне правозастосування, веде до порушень принципу рівності та законності. Так, при конструюванні складу та санкцій за вчинення було порушено встановлені законодавством та доктриною (О. Книженко, Н. Орловська) правила формування санкції основного складу, яка вводить окремий новий вид відповідальності у вигляді позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 10 років.

Тим самим, основні засади призначення покарання, які передбачено ст.65 КК України було порушено, оскільки за умов призначення покарання, керуючись положеннями Загальної частини КК України, суд повинен користуватися положеннями ст.55 КК України, яка встановлює, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років. Позбавлення права обіймати певні посади як додаткове покарання у справах, передбачених Законом України «Про очищення влади», призначається на строк п'ять років [35].

Такі суттєві порушення правил законодавчої техніки. унеможлиблюють адекватне застосування цієї норми. Найбільш прийнятним варіантом у такому випадку є, з нашої точки зору, прийняття адміністративного законодавства, яке у цілому буде регулювати спектр відносин, пов'язаних з наданням адміністративних послуг, обов'язкове створення правових умов для визначення Єдиного реєстру обов'язкових електронних адміністративних послуг [36, с.197; 37- 43], та, на основі цього масиву законодавства та практики його застосування

органами управління [44-66], окреслення переліку та режиму діяльності суб'єктів, та формулювання відповідної відсилочної диспозиції.

Цей висновок підтверджується аналізом достатньо неадекватних перетворень диспозиції складу, що аналізується.

За останні роки зміни у суспільні оцінці характеристик та якості публічних послуг в останні роки в Україні призвели до розширення характеристик диспозиції основного складу та хаотичних змін санкцій.

Наприклад, вже через 7 місяців після криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» №4025-VI від 15.11.2011 [67] було змінено санкції частин статті 365⁻² КК України з урахуванням необхідності гуманізації останніх. Процес депеналізації з точки зору гуманного підходу до злочинців є достатньо прийнятним [68, 69]. Згаданим законом абзац другий частини першої, абзац другий частини другої та абзац другий частини третьої статті 365⁻² КК України було викладено у в такій редакції:

«...карається штрафом від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років»;

«...карається штрафом від трьох тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років»;

«...караються штрафом від десяти тисяч до двадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна або без такої».

Логічно та достатньо виважено. Але за умов незастосування законодавства та політичної та соціальної потреби протидії корупційним

відноsinам у приватному секторі вказані санкції було визнано невідповідними ступеню суспільної небезпеки та особі злочинців.

Далі, йдучи назустріч соціальним потребам та прагненню приведення законодавства України у відповідність із Європейською кримінальною політикою щодо боротьби з корупцією, законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» №1261-VII від 13.05.2014 було введено інститут спеціальної конфіскації, що знайшло свій вираз у відповідній зміні санкцій окремих частин статті, що аналізується. Так, абзац другий частини першої було викладено у наступній редакції:

«...карається арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та зі спеціальною конфіскацією»;

абзац другий частини другої було викладено в такій редакції:

«...карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та зі спеціальною конфіскацією»;

відповідно, абзац другий частини третьої ст.365⁻² КК України викладено в такій редакції:

«...караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна або без такої та зі спеціальною конфіскацією» [71].

Віднесення частково зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, до корупційних злочинів (у зв'язку із можливістю надання цих послуг службовими особами) не можна назвати достатньо адекватним способом вирішення ситуації, який відповідає правилам криміналізації діяння

[72]. У даному випадку характеристики зловживання повноваженнями охоплюються диспозицією ст.364 КК України та додаткової кваліфікації за ст.365-2 КК України не потребує.

Поряд з цим, і далі законодавець, керуючись хибним принципом політичної доцільності, застосував деякі зміни цієї норми, розширивши її суб'єктний склад, та змінивши санкцію, вочевидь не у відповідності із принципами кримінальної політики. Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» №770-VIII від 10.11.2015 абзац перший ст.365-2 після слова «оцінювачем» було доповнено словами «уповноваженою особою або службовою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб», а абзац другий викладено в такій редакції:

«...карається обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років та зі спеціальною конфіскацією» [73]. Вочевидь, що введення нового покарання не відповідало принципам законодавчої техніки, та не сприяло застосуванню останньої

Далі. Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні» №770-VIII від 10.11.2015 [74], було усунуто спеціальну конфіскацію як кримінально-правовий захід [75] із санкцій відповідної статті.

Зміни переліку адміністративних послуг та суб'єктного складу призвели до доповнення абзацу першого частини першої статті 365-2 КК України після слів «арбітражного керуючого» доповнити словами «приватного виконавця» [76].

Пізніше, у тексті норми слова «третейського судді (під час виконання цих функцій), з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб»

було замінено словами «третейського судді (під час виконання цих функцій), або державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, державним виконавцем, приватним виконавцем з метою отримання неправомірної вигоди» [77]. Коло суб'єктів цього злочину було також розширено за рахунок уповноваженої або службової особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб....

Вочевидь, що зміни змісту цієї правової норми було спрямовано на посилення боротьби з корупцією, та корупційними відносинами у державі. Хоча вряд лі можна стверджувати, що вони носили системний характер та відповідали принципам сучасної кримінальної політики.

Зрозумілі кримінально-політичні передумови протидії корупційним відносинам у державі та вельми непослідовна історія змін цієї кримінально-правової норми призводять до можливості формулювання первісної версії розвитку конструкції кримінально-правової норми, що досліджується. Вважаємо (у рамках робочої гіпотези), що вона у першому вигляді може бути вираженою наступним чином:

«Зловживання своїми повноваженнями особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, з метою отримання неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським чи державним інтересам, -

карається обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Це більш точно відображує характеристики кримінально-політичних передумов криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, у якості базової норми, що встановлює відповідальність за

корупційні відносини осіб, які не є державними службовцями, чи посадовими особами органів місцевого самоврядування.

Крім того, визначення того чи іншого діяння як корупційного дозволяє зрозуміти істинну його суспільну небезпеку. Незважаючи на те, що корупція є багатоаспектним явищем, науковцям все ж вдалося виокремити ті його властивості, які мають визначальне значення для відображення його змісту [78-82].

Характерною рисою спеціальних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є те, що вони можуть вчинятись не у всіх сферах управлінської діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, і, до того ж, як правило, службовими особами чи особами, які надають публічні послуги, котрі мають додаткові ознаки.

Коригування та уточнення концепту публічних послуг пов'язане за розширенням кола сервісів, що надаються державою для населення. Це вимагає диверсифікації відповідальності суб'єктів надання публічних послуг. Зокрема, окрім загальної норми, у законодавстві можна виділити спеціальні норми, які встановлюють відповідальність за зловживання наданням адміністративних або публічних послуг у різних сферах державного управління.

До спеціальних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (в тій частині, в якій вони вчиняються відповідними суб'єктами), можуть бути віднесені ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК України), порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271 КК України), незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ст. 319 КК України), завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК України), притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК України), невиконання судового рішення (ч. 2 ст. 382 КК України), примушування давати

показання (ст. 373 КК України), військові службові злочини (ст.ст. 423–427 КК України), та деякі інші склади..

Питання про співвідношення загальних і спеціальних складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, вирішується за правилами конкуренції загальних і спеціальних норм: застосуванню, як відомо, підлягає спеціальна кримінально-правова норма.

Підводячи підсумок питанню кримінально-політичних характеристик тенденцій криміналізації зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, зазначимо, що кримінально-правове поводження з корупціонерами в Україні теоретично базується на принципах суворої відповідальності посадових осіб, службових осіб приватного сектору, а також транспарентності соціального контролю.

При подоланні того чи іншого негативного явища, перш за все, необхідно чітко виявити його природу та адекватно і лаконічно відобразити її нормативно у відповідному визначенні.

Не є виключенням й зловживання повноваженнями особами, які виконують публічні послуги. Мета „служіння” держави інтересам людини хоч і знайшла пряме текстуальне відтворення в діючому законодавстві, але поки що не стала пануючою як у свідомості державних службовців, так і в практичній діяльності осіб, які надають публічні послуги.

Це є складним завданням, оскільки потребує якісно нового підходу щодо сутності та функціональної орієнтації виконавчої влади, запровадження її нової ідеології.

Правильне розуміння підстав криміналізації цієї норми дозволяє окреслити коло діянь, за вчинення яких необхідно застосовувати спеціально розроблені антикорупційні заходи, що в кінцевому рахунку впливає на ефективність боротьби з корупцією.

Таким чином, кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг є відносно самостійним напрямом кримінально-правової політики України, під якою розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються в сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

2. Тенденції криміналізації діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг

Розглянемо основні моменти, які стосуються історичного та нормативного, порівняльно-правового підґрунтя формування кримінальної відповідальності за зазначене явище у концепті протидії корупційним злочинам загалом.

Питання генези встановлення кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями правопорушниками за законодавством України та окремих зарубіжних країн є основою визнання доцільності диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб у публічній (зокрема, державній і самоврядній) і непублічній управлінських сферах.

Основне ж питання зводиться до того, чи потрібна насправді в сучасних умовах диференціація кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній (зокрема, державній і самоврядній) і непублічній управлінських сферах [83].

Так чи інакше, але саме такий підхід щодо диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення втілено в кримінальному законодавстві як країн близького зарубіжжя (у т.ч. РФ, Грузії, Казахстану, Киргизії, Латвії, Литви, Таджикистану, Туркменістану), так і в ряді країн континентальної Західної Європи (зокрема, Австрія, Голландія, Іспанія, Італія,

Німеччина, Норвегія, Сан-Марино, Фінляндія, Франція, Швейцарія) [84-108] у деяких міжнародно-правових договорах та конвенціях, згоді на ратифікацію яких дала Верховна Рада України.

У ст. 7 і ст.12 Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р. окремо передбачені заходи протидії корупційним діянням у публічному та приватному секторі [25]

Правове регулювання відносин органів публічної влади та осіб, які надають адміністративні та інші послуги, з громадянами та юридичними особами є однією з актуальних проблем українського суспільства. Свого часу М.І. Мельник провів комплексне дослідження та обґрунтував доцільність вживання терміну “корупційний злочин”. Він підкреслив, що виділення корупційних злочинів як особливого виду злочинів видається абсолютно правомірно обґрунтованим. Розкриваючи суть цього питання, М.І. Мельник зазначив, що ці злочини об’єднуються в групу на підставі спільних і обов’язкових для всіх їх ознак: суб’єкта злочину, сфери вчинення, особливостей ознак об’єктивної й суб’єктивної сторони складу особистих інтересах чи інтересах третіх осіб [109].

У період розбудови суверенної і незалежної Української держави історичне минуле, правова спадщина українського народу відіграє важливу роль.

Дійсно, дослідження будь-якого правового явища неможливе без вивчення його історичних витоків. А тому видається доцільним проаналізувати окремі пам’ятки права. Для того, щоб вивчити і правильно зрозуміти який-небудь історичний інститут, що існує на даний час, треба прослідкувати його генезу, зрозуміти логіку розвитку юридичної думки і, можливо, запозичити ідеї, які будуть корисними і в нових умовах. Проте, на цьому шляху існують окремі методологічні вади.

Насамперед, це пов’язане із зловживанням характеристиками принципу історизму при аналізі підстав криміналізації того чи іншого явища. У більшості

сучасних наукових праць у якості елемента новизни означене розгляд розвитку вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за злочини спеціальних суб'єктів з часів перших ранньофеодальних держав на теренах України до сьогодення, а також аналіз положень законодавства окремих зарубіжних країн щодо кримінально-правової боротьби з наведеними злочинами. Наступність кримінального законодавства України пов'язана не просто з історичними коріннями, що є нарисом культурного пласта, на якому будувалася нормативна конструкція, але з пануючою ідеологією правової родини на українських землях. Звідси нариси та систематизація, відокремлення етапів розвитку законодавства повинні починатися, можливо, не з аналізу договірно-правових відносин Візантії з Київською Руссю, а з етапом, з якого розпочало формування сучасне кримінальне право (XIX вік, реформи Миколи I та Олександра II). Безумовно, аналіз нормативних приписів Польського королівства, Австро-Угорщини чи інших окупаційних режимів на теренах України має певну рацію для історика права.

Поряд з цим, вважаємо, що для спеціальних досліджень питання має бути пов'язаним із аналізом не просто загальних тенденцій, але з розвитком базових нормопонять та інститутів права.

Що стосується злочинів зі спеціальними суб'єктами таким нормопоняттям повинен бути інституціональний правовий режим, як характер та особливості правових зв'язків, у всій системі кримінально-правових відносин (як загальних, так і конкретних), які регулюють відповідальність визначених осіб.

З цієї позиції особливо унікальним є дослідження боротьби з такими злочинами, як зловживання повноваженнями особами які надають публічні послуги та із службовими злочинами взагалі, тому що звернення до минулого, до становлення та розвитку як всієї системи кримінального права України, так і окремих його інститутів чи норм, покликано в більшій мірі оцінити сучасне, а отже, забезпечити ефективніший розвиток кримінально – правової думки в майбутньому [110, с.49].

Як слушно зазначав О.Ф. Шишов: «Перспективи розвитку будь-якої науки немислимі без вивчення її історії, аналізу її досягнень та недоліків, без урахування накопиченого нею досвіду».[111, с.6]

У дореволюційний та радянський період питання розвитку кримінально-правової науки в своїх працях висвітлювали: А.А. Герцензон, О.Ф. Кістяківський, І.С. Ной, Л.І. Спірідонов, М.С. Таганцев, А.А. Піонтковскій, М.Д. Шаргородскій, О.Ф. Шишов та інші. Окремі питання розвитку кримінально-правової науки України досліджували: Д.С. Азаров, П.П. Андрушко, Л.В. Багрій-Шахматов, Ю.В. Баулін, П.С. Берзін, В.І. Борисов, В.С. Зеленецький, М.Й. Коржанський, П.С. Матишевський, А.А. Музика, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, В.Я. Тацій, В.О. Туляков та інші. Історія правової думки щодо характеристик службових злочинів (К.П. Задоя, В.П. Коваленко, О.Я. Светлов, Д.О. Сисоєв, Т.І. Слуцька, В.Г. Хашев, І.І.Чугуніков) нараховує велику кількість поглядів, які стосуються проблем юридичної техніки конструювання характеристик службових злочинів.

Перш за все ми бачимо це у характеристиках, якості структурної та змістовної побудови нормативно-правових актів, які регламентують відповідальність за службові злочини [112, с.202]. Саме таким чином можна з'ясувати й окремі характеристики трансформації інституту протидії корупційним злочинам [113-115] у східноєвропейській (візантійській чи\або слов'янській правовій родині).

Дійсно, однією з перших пам'яток слов'янського права є Руська правда (XI-XII ст.), в якій звісно не приділяється значної уваги службовим злочинам, а тем більш злочинам, пов'язаним із зловживанням наданням публічних послуг, але вона була покладена в основу інституту подальшої диференціації заборон залежно від соціального стану спеціального суб'єкту. Фахівці вважають, що на початкових етапах формування української державності у пануючих нормативних актах (Статут князя Володимира Святославича, Статут князя Ярослава, Новгородському Статут князя Всеволода, Повного звід статутів

Казимира Великого, Вартський статут, Литовський статут) службові злочини не мали широкого розповсюдження, оскільки тогочасне суспільство було розшароване й вищі його прошарки, які могли обіймати посади, були безапеляційно привілейованими особами. Існувала так звана «система кормлінь», із якою не узгоджувалася відповідальність шляхтичів.

Із часом, із розвитком суспільних відносин свавілля чиновників почало обмежуватися, найбільш поширеним протиправним діянням було хабарництво, згодом розвинулися так звані «класичні» склади службових злочинів, пов'язані зі зловживанням службовим становищем і перевищенням службових повноважень [116, с. 242].

У нормативних актах Московської держави, а саме у Соборному уложенні 1649 року серед інших груп злочинів окремо виділяються посадові злочини, до яких входять хабарництво, неправосуддя, службові підроблення та військові злочини. У Військових артикулах Петра I (1715 р.) значна увага приділяється службовим злочинам, зокрема, службовим зловживанням у військовій сфері, ці норми послужили основою для інших нормативних актів того періоду.

Масштабні роботи з кодифікації українського законодавства та реформи судової системи Гетьманщини, які відбувалися у XVIII ст., хоча й не були повністю реалізовані, але мали важливе значення для подальшого розвитку юриспруденції в Україні. По суті, вони заклали фундамент для становлення українського права як самостійної системи з її національними особливостями. Це також сприяло формуванню української школи правознавців.

Нерідко вони не мали спеціальної підготовки та освоювали основи юриспруденції безпосередньо у процесі реформ. Представники цієї школи вивчали досвід литовського, польського, російського та німецького законодавства, юридичну теорію та практику інших країн Європи. За допомогою таких зусиль вдалося створити такі визначні пам'ятки українського права, як «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743р.), «Суд і

розправа в правах малоросійських» (1750р.), «Екстракт малоросійських прав» (1767 р.) та багато інших.[117]

Розвиток системи державних послуг був пов'язаний із формуванням нових моделей взаємодії економіки і права, децентралізацією буржуазно-демократичних відносин. Конституційний розподіл державної влади обумовив існування різноманітних державних сервісів та їх кримінально-правовий захист у контексті забезпечення порядку управління державою. Історики кримінально-правової думки вказують що наприкінці XVIII ст. з'являються первісні нормативні визначення складів, що вчинені у сфері законодавчої, виконавчої влади та судової влади, захисту прав та інтересів громадян, проти інтересів служби.

В історичній ретроспективі відповідальність службових осіб, які надавали публічні послуги, не була об'єднаною, та носила вельми розрізнений характер, забороняючи зловживання у професійній діяльності окремих суб'єктів публічного права. Формування системи державних послуг, інформатизація світоустрою у пізніше призвела до максимальної розповсюдженості корупційних практик серед значної кількості суб'єктів приватного права. Основною причиною таких трансформацій є можливість учинення злочинів новими суб'єктами, які з'явилися у зв'язку з розвитком системи управління з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг.

Але лише у середині XIX ст. вперше у законодавчих актах Європейських країн виділяються зловживання нотаріусів, експертів та інших осіб, які надають публічні послуги. Аналізуючи генезис розвитку кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, можна дійти висновку, що ці норми зародились ще у XIX столітті, так як Уложення про покарання кримінальне і виправне 1845 р. вже передбачало кримінальну відповідальність нотаріусів за їх дії всупереч закону. У радянський період не існувало спеціальної норми, яка передбачала б кримінальну відповідальність

осіб, які надають публічні послуги, тому використовували загальну статтю, яка передбачала кримінальну відповідальність за службові чи посадові злочини.

Так, у XIX столітті основним законом, що визначав коло злочинної поведінки і встановлював її караність на більшості Українських земель, було Уложення про покарання кримінальні і виправні 1845 р. Цей закон зберіг свою дію аж до революції 1917 р, хоча і в 1866, і в 1885 він був підданий істотному редагуванню та скороченню. Поруч з цим ці зміни мало торкнулися положень закону про відповідальність за зловживання повноваженнями [114, с.8].

Розділ п'ятий Уложення про покарання кримінальні і виправні називався «Про злочини і проступки по службі державної та громадської» і складався з 11 глав, деякі з яких, у свою чергу, ділилися на відділення.

Структура 11 глави « Про злочини і проступки чиновників за деякими особливим родами служби» виглядала наступним чином: Відділення перше. «Про злочини і проступки чиновників при слідстві і суді»; Відділення друге. «Про злочини і проступки чиновників по справах межових»; Відділення третє. «Про злочини і проступки чиновників поліції»; Відділення четверте. «Про злочини і проступки чиновників кріпосних справ і нотаріусів»; Відділення п'яте. «Про злочини і проступки казначеєв і взагалі чиновників, яким довірено зберігання грошових сум»; Відділення шосте. «Про протизаконні вчинки чиновників при укладанні підрядів і поставок, прийомі в казну речей, які поставляються, та виробництві публічного продажу». [118; 119, с 264].

Поряд з цим, відповідальність службових осіб, що надавали публічні послуги, не була об'єднаною, та носила вельми розрізнений характер, розподіляючись по заборонам діяльності окремих суб'єктів публічного права - відповідальність нотаріусів за зловживання їх повноваженнями встановлювалася, наприклад, за вчинення актів заднім числом, або за підроблення записів у шнуровій книзі, за участь у протизаконній продажі маєтку, який знаходиться під заборною, під опікою або в секвестрі, тощо.

У 1917 р. на території колишньої Російської імперії після встановлення Радянської влади почалась утворюватися нова держава. На початку становлення і розвитку політика цієї держави відзначалась повною відмовою від усього минулого, бажанням побудувати принципово нове суспільство і систему керування ним. До 1922 р. в Україні не було кодифікованого кримінального закону, але було прийнято велику кількість Постанов з'їзду Рад, декретів та інструкцій. Так, в Інструкції Народного комісаріату юстиції від 19 грудня 1917 «Про революційний трибунал, його склад, справах, що підлягають його відання, покарання, що накладаються їм і про порядок ведення його засідань» при визначенні підсудності відзначалися справи осіб, «які користуються своїм положенням по державній або суспільній службі». Окреме місце в історії кримінального законодавства України посідає питання військово-кримінальних справ. За часів Центральної ради не було прийнято жодного законодавчого акту, який би врегульовував цю сферу. Але після переходу влади до Директорії (22 січня 1919 року) і проголошення акту єднання Української Народної Республіки та Західної УНР 7 липня 1919 року був затверджений «Військовий карний статут». Цей статут фактично був перекладом «Воинского устава о **наказаних**». Глава 7 Статуту була присвячена питанням кримінально-правової охорони військового майна, яка мала назву «Про протизаконне відчуження і зіпсування скарбової зброї та майна». У главі 12 «Про злочини та провини щодо завідування ввіреним по службі майном та щодо зберігання його» поряд з нормами, які передбачали кримінальну відповідальність за порушення правил зберігання довіреного по службі військового майна визнавала карними діями порушення прийому скарбових грошових сум та речей, їх видачу та догляд за виконанням контрактів, а також порушення правил ведення книг прибутків та видатків. Службові злочини в Україні доби Директорії розумілися, здебільшого, як зловживання службовим становищем. В умовах значного збільшення кількості таких протиправних діянь законодавець через прийняття Закону «Про підвищення кар за деякі службові

злочини...» (31 жовтня 1920 р.) намагався припинити подібні злочини через підвищення міри покарання за цей вид злочинів як для винних урядовців, так і за співучасть у них з боку приватних осіб [121, с.50].

Законодавство Радянської доби, за даними дослідників цієї теми [122], від декрету РНК від 8 травня 1918 р. «Про хабарництво» до Кримінальних кодексів УСРР було більш диверсифікованим, менш казуїстичним, проте зосереджувалося на загальних складах за умов формального дотримання принципу стабільності [123]. Так, КК УСРР 1922 р. складався з двох частин: Загальної (5 глав) і Особливої (8 глав), які містили 227 статей.

У Загальній частині встановлювалося головне завдання Кримінального кодексу: правовий захист держави від злочинів і від суспільно небезпечних елементів, шляхом застосування до винуватих покарання або інших заходів соціального захисту (ст. 5).

Метою покарання та інших «заходів соціального захисту» було: 1) загальне попередження нових порушень з боку порушника та з боку нестійких елементів суспільства; 2) пристосування порушника до умов співжиття з іншими членами суспільства шляхом виправно-трудового впливу; 3) позбавлення злочинця можливості вчинення злочинів в майбутньому (ст. 8). Розділ II Особливої частини КК УСРР було присвячено службовим злочинам і він містив всього 14 статей з описом поняття службової особи у примітці до ст.105 «Зловживання владою».

Постановою ВЦВК від 8 червня 1927 р. було прийнято новий Кримінальний кодекс УРСР, який трохи розширив перелік службових злочинів, однак все одно не встановлював кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, проте не є службовими особами.

У воєнні та післявоєнні роки цим категоріям антисуспільних вчинків не приділялось значної уваги. Так спеціальних норм щодо відповідальності за зловживання повноваженнями нотаріусами, аудиторами, експертами,

оцінювачами у радянський період у Кримінальному кодексі не існувало. Їх та інших осіб, які надають публічні послуги, за зловживання своїми повноваженнями притягували до кримінальної відповідальності, використовуючи загальні норми стосовно злочинів посадових осіб.

Так само було і за КК УРСР 1960 р. Слід звернути увагу на розмежування службових і посадових злочинів та суб'єктів вказаних злочинів в історичній ретроспективі.

Визначення поняття посадового злочину давалось в КК УРСР як «порушення посадовою особою зумовлених її службовим становищем обов'язків, що спричинило істотну шкоду державним або суспільним інтересам чи охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян».

Ключові визначення понять «посадова особа» та «службова особа» в КК УРСР 1960 та КК України 2001 рр., даються майже ідентичні: «особи, які... здійснюють функції представника влади, а також... обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно – розпорядчих чи адміністративно – господарських функцій...».

27 грудня 1985 р. Пленум Верховного Суду України виніс відому постанову №12 «Про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень», а 30 березня 1990 р. Пленум Верховного Суду СРСР виніс постанову №4 «Про судову практику по справах про зловживання владою або службовими повноваженням, перевищення влади чи службових повноважень, халатність та посадовий підлог», де вказувалося на розмежування суб'єкта посадового злочину, а саме, **сдове** тлумачення того, хто відносився до представників влади, які особи не є суб'єктами посадового злочину тощо.[125, С. 56] Прийняття цих актів зробило значне «підґрунтя» для подальшого виділення норм про зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

5 квітня 2001 року було прийнято Кримінальний кодекс України, в Розділі XVII якого спочатку містилось лише 7 статей. У примітці до ст. 364 КК

України в редакції 2001 року, містилось визначення службової особи: «службовими особами є особи, які тимчасово чи постійно здійснюють функції представника влади, а також які займають постійно чи тимчасово на підприємствах, установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані із виконанням організаційно – розпорядчих чи адміністративно – господарських функцій, або здійснюючі такі обов'язки за спеціальним повноваженням» [35].

Згодом це визначення було звужено та приведено у відповідність із міжнародними антикорупційними конвенціями, згоду на ратифікацію яких дала Верховна Рада України. Згідно діючого КК України, службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Для цілей статей 364, 368, 368², 369 КК України до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для

державного органу або державного підприємства), а також іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів [35].

У зв'язку з прийняттям 11 червня 2009 року Верховною Радою України низки антикорупційних законів: «Про засади запобігання та протидії корупції»[126], «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень»[127], «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України відносно відповідальності за корупційні правопорушення» Кримінальний кодекс України було доповнено розділом VII-А, норми якого встановлювали кримінальну відповідальність за злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Статті 235⁻¹ – 235⁻⁵ КК України передбачали такі склади злочинів: зловживання повноваженнями (ст. 235⁻¹ КК України), перевищення повноважень (ст. 235⁻² КК України), зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 235⁻³ КК України), комерційний підкуп (ст. 235⁻⁴ КК України) та підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 235⁻⁵ КК України).

Ці закони вступали в силу з дня їх опублікування, але вводились в дію з 1 січня 2010 року. Потім строк вступу було перенесено на перше квітня 2010 р., пізніше і цю дату змінили - на 1 січня 2011 р. і, таким чином, вказані правообмеження діяли тільки в період з 01 по 04 січня 2011 р. включно. Вже 5 січня 2011 року ці закони втратили чинність на підставі Закону України « Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України про попередження та протидію корупції». За недовгий період дії ст. 235⁻³ КК

України не було порушено жодної кримінальної справи за злочинами, передбаченими цією статтею [128].

Суб'єкт злочинів, передбачених ст. 235⁻³ КК України, в редакції вказаних законів, законодавцем був визначений шляхом так званого відкритого переліку ознак спеціального суб'єкта із зазначенням конкретних категорій осіб, якими є аудитор, нотаріус, експерт, оцінювач, третейський суддя чи інша особа, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, а також незалежний посередник чи член трудового арбітражу при розгляді колективних трудових спорів [129, с.143].

Обґрунтовуючи необхідність диференціації кримінальної відповідальності різних управлінців за вчинені ними службові правопорушення, Комітет з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією Верховної Ради України на етапі опрацювання законопроекту, ухваленого 11 липня 2009 року як Закон «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України стосовно відповідальності за корупційні правопорушення» вказував на те, що доповнення КК України статтями 235⁻¹ – 235⁻⁵ КК України, які містять менш суворі санкції порівняно із санкціями статей 364-369 КК України, зумовлено тим, що суспільна небезпека дій осіб, які виконують управлінські функції у приватному секторі, є набагато меншою, ніж у публічному секторі.

Їх рішення стосуються вузького кола осіб і не можуть завдати такої значної шкоди суспільним інтересам, як корупція у сфері державного управління.

Стверджувалось, що такий підхід у поєднанні із процесуальним механізмом, за якого кримінальна справа порушуватиметься лише за заявою власника (співвласника) цієї юридичної особи чи за його згодою, забезпечить адекватне реагування держави на корупційні прояви і водночас мінімальне втручання у сферу приватного права.[128, с.392]

На зміну вищевказаних законів було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 7 квітня 2011 року.

Зміни, внесені до Розділу XVII Особливої частини Кримінального Кодексу України Законом України від 7 квітня 2011 р. « Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» [130], були обумовлені ратифікацією Україною Конвенції ООН проти корупції (ратифікована Україною 18.10.2006 р.), Кримінальної Конвенції Ради Європи про боротьбу із корупцією (ратифікована Україною 18.10.2006 р.) та Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ратифікований Україною 18.10.2006 р.).

Названими документами державам-підписантам рекомендується передбачити відповідальність за такі діяння: підкуп національних державних посадових осіб; підкуп іноземних державних посадових осіб міжурядових організацій; зловживання впливом; зловживання службовим становищем; незаконне збагачення, підкуп у приватному секторі тощо.

На жаль, не всі рекомендації були враховані у нашому законодавстві, низка отримали негативні висновки юридичної громадськості, низку не було сприйнято політичним істеблішментом. Ці чисельні зміни у Кримінальному кодексі України стосовно кримінальної відповідальності осіб, які надають публічні послуги та стосовно корупційних правопорушень, призвели до плутанини з боку правозастосовців. У зв'язку з прийняттям 7 квітня 2011 року закону України « Про засади запобігання та протидії корупції» №3206-VI, та закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» №3207- VI, які набрали чинності з 1 липня 2011 року, крім статей 11 і 12, які набрали чинності з 1 січня 2012 року, КК України було доповнено цілою низкою статей.

Ці статті передбачають кримінальну відповідальність за вчинення злочинів з ознаками корупції, також була змінена назва розділу із «Злочини у

сфері службової діяльності» на «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». У практичній площині застосування цих законів викликає значні труднощі у зв'язку з нечіткістю понятійного апарату, впровадження нових складів злочинів, конкуренцією норм про адміністративну та кримінальну відповідальність тощо [131, с.83]. Все це вимагає більш детального аналізу теоретичних засад питань кваліфікації зазначених злочинів, оскільки практика їх застосування ще не сформована.

Певним досягненням нашого кримінального законодавства та доктрини у сфері, що вивчається, після прийняття центрального у цій сфері на сьогодні Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» №1261-VII від 13.05.2014, [132] є те, що ідея диференціації кримінальної відповідальності у публічній та не публічній управлінських сферах реалізована в Україні на законодавчому рівні.

Так, Законом України від 7 квітня 2011 року у порядку втілення вказаної ідеї:

по-перше, Особливу частину КК України було доповнено ст. ст. 364¹, 365¹, 368³ КК України, що передбачають окрему кримінальну відповідальність для службових осіб юридичної особи приватного права незалежно від організаційно – правової форми;

по-друге, змінено законодавче визначення службової особи як суб'єкта частини передбачених розділом XVII Особливої частини КК України злочинів (у примітці до ст. 364 КК України окремо визначено категорію службових осіб, які займають відповідні посади, не на підприємствах, установах, організаціях незалежно від форми власності, як було раніше, а лише на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях); [133; 134, с.58]

по-третє, у п.1 ч. 1 ст. 477 КПК України 2012 року [135] зазначено, що кримінальне провадження щодо кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 364⁻¹, 365⁻¹, 365⁻² КК України, будучи провадженням у формі приватного обвинувачення, може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого.

Таким чином, певним досягненням розвитку нашого кримінального законодавства є те, що ідея диференціації кримінальної відповідальності у публічній та не публічній управлінських сферах реалізована в Україні на законодавчому рівні. Основною причиною таких трансформацій є можливість учинення новими суб'єктами, що виникають у зв'язку із розвитком системи управління з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг

Досвід зарубіжних держав у сфері регулювання відповідальності за посадові злочини та злочини у сфері надання публічних послуг є вельми різноманітним, часто суперечливим і мінливим, але повчальним. Основним висновком є те, що для кваліфікації цих злочинів першочергове значення має не об'єктивні, а суб'єктивні ознаки, серед яких важливу роль відіграє поняття особи, яка надає публічні послуги та посадової особи.

У кримінальних кодексах деяких країн передбачено загальний вид зловживання повноваженнями, в кримінальних кодексах інших держав – тільки низка спеціальних видів зловживання. Таким чином, позиція відокремлення кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями при наданні публічних послуг, більш відображує політику пострадянських держав, що належать до східноєвропейської правової родини. Найбільш близькими до змісту диспозиції ст. 365⁻² КК України є норми ст. 202 КК Російської Федерації, ст. 229 КК Республіки Казахстан, ст. 335 КК Республіки Молдова, та ст. 222 КК Киргизької Республіки. Доречі, саме аналіз перебігу формування традиції права в Україні дає змогу дійти висновку, що її національна система тяжіє до романо-германської правової сім'ї. Разом із тим культурний та історичний

розвиток зумовили її належність до східноєвропейської правової сім'ї, що сформувалася у рамках східноєвропейської правової традиції. [136; 137, с.462].

Розглянемо це питання більш детальноше.

Відомо, що «порівняльно-правовий (порівняльний, компаративний) метод у науці кримінального права використовується для визначення змісту та сутності кримінально-правових норм та інститутів, характеристик кримінальної політики держави чи міждержавних угруповань, законодавство яких досліджується, з метою виявлення загальних сутнісних рис і характеристик догми права й закономірностей її розвитку для подальшого визначення можливих напрямів удосконалення кримінального законодавства України і практики його застосування. Отже, використання порівняльно правового методу у науці кримінального права дозволяє більш чітко виявити закономірності генези кримінально-правової заборони, її буття та реалізації, перспективи розвитку та удосконалення [138, с.29-30].

Порівняльно-правовий метод – це метод: «а) визначення невідомого шляхом порівняння з відомим; б) з'ясування якостей або властивостей явища шляхом порівняння з іншими його якостями чи властивостями або з якостями чи властивостями іншого явища; в) встановлення закономірностей шляхом порівняння об'єктів у різний час, порівняння їх якостей у минулому з тими самими якостями у сучасному стані для встановлення змін чи тенденцій розвитку. У сучасному кримінальному праві України метод порівняльного правознавства стає одним із провідних й універсальних у системі методологічної бази наукових досліджень, даючи можливість адекватно зіставляти систему міжнародного кримінального права із системою національного кримінального права конкретної держави, краще виявляти соціальну та правову природу українського кримінального права, а також запропонувати напрями використання зарубіжного досвіду правотворення для вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства» [139].

Вивчення і аналіз кримінального законодавства зарубіжних держав, зокрема, кримінально – правових норм, що встановлюють відповідальність за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, дозволяє виявити переваги та недоліки кримінального права України в цьому питанні, і, на цій основі визначити напрями його подальшого розвитку. Найбільш близьким до українського законодавства у цьому, на жаль, є законодавство Російської Федерації, що обумовлено не тільки використанням при нормотворчості Модельного КК для країн СНД.

Саме належність до однієї правової родини обумовлює сенс порівняльного аналізу законодавства країн, що знаходяться у конфлікті. Так, КК РФ розрізняє злочини проти інтересів служби у комерційних та інших організаціях (Глава 23) і злочини проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування (Глава 30). Глава 23 складається усього із 4 статей: ст. 201 «Зловживання повноваженнями»; ст. 202 «Зловживання повноваженнями приватними нотаріусами й аудиторам»; ст. 203 «Перевищення повноважень приватним детективом або працівником приватної охоронної організації, які мають посвідчення приватного охоронця, при виконанні ними своїх посадових обов'язків» та ст. 204 « Комерційний підкуп».

Змістовно найбільш близькою до ст. 365⁻² КК України є ст. 202 КК РФ, диспозиція якої встановлює кримінальну відповідальність за «використання приватним нотаріусом або приватним аудитором своїх повноважень всупереч завданням своєї діяльності та з метою отримання вигоди і переваг для себе *чи інших осіб або завдання шкоди іншим особам*, якщо це діяння заподіяло істотну шкоду *правам і законним інтересам громадян або організацій або охоронюваним законом інтересам суспільства або держави* , - карається штрафом у розмірі від ста тисяч до трьохсот тисяч рублів або в розмірі заробітної плати або іншого доходу засудженого за період від одного року до двох років, або примусовими роботами на строк до трьох років з позбавленням

права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Курсивом ми відокремили найбільш цікаві елементи диспозиції кримінально-правової норми країни-агресора, на яку було б бажано звернути увагу. На відміну від діючого законодавства України питання характеристик отримання неправомірної вигоди та переліку потерпілих від злочину більш поширене. Це відповідає сучасним тенденціям антикорупційної політики та має бути, вважаємо, застосованим при подальшому розвитку категоріального апарату проблеми у законодавстві України.

Частина друга 2 ст. 202 КК РФ містить кваліфікуючі ознаки цього злочину: те саме діяння, вчинене щодо завідомо неповнолітньої або недієздатної особи,- карається штрафом у розмірі від ста тисяч до п'ятисот тисяч рублів або в розмірі заробітної плати або іншого доходу засудженого за період від одного року до трьох років, або примусовими роботами на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.[140, 141].

Цікаво, що майже всі російські науковці, аналізуючи ст. 202 КК РФ, виділяють поряд із основним об'єктом цього злочину ще додатковий безпосередній. Так, І.А. Подройкіна, О.В. Серьогіна та С.І. Улезько зазначають, що основний безпосередній об'єкт цього злочину – суспільні відносини, що забезпечують правильність здійснення і соціальну значимість приватної нотаріальної та аудиторської діяльності; додатковий безпосередній об'єкт – права та законні інтереси громадян і організацій, охоронювані кримінальним законом інтереси суспільства та держави.[141, с.440]

КК Республіки Казахстан також досить диференційовано підходить до службових злочинів та злочинів проти інтересів служби у комерційних та інших організаціях. Найбільш близькою до ст. 365⁻² КК України є ст. 251 КК Республіки Казахстан. Диспозиція ч.1 у редакції від 12.07.2018 р. встановлює «Використання приватним нотаріусом, оцінювачем, приватним судовим виконавцем, медіатором, аудитором, який працює в складі аудиторської організації, або керівником аудиторської організації своїх повноважень всупереч завданням своєї діяльності та з метою отримання вигоди і переваг для себе чи інших осіб, або організацій *або нанесення шкоди іншим особам або організаціям*, якщо це діяння заподіяло *істотну шкоду правам і законним інтересам громадян або організацій або охоронюваним законом інтересам суспільства або держави*, - карається штрафом в розмірі до чотирьох тисяч місячних розрахункових показників або виправними роботами в тому ж розмірі, або залученням до громадських робіт на строк до однієї тисячі годин, або обмеженням волі на строк до чотирьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з конфіскацією майна або без такої, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років».

Відповідно, частина 2 цієї статті каже про відповідальність за те саме діяння, вчинене щодо завідомо неповнолітнього чи недієздатного особи або неодноразово, -карається штрафом в розмірі до п'яти тисяч місячних розрахункових показників або виправними роботами в тому ж розмірі, або залученням до громадських робіт на строк до однієї тисячі двохсот годин, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на той самий строк, з конфіскацією майна або без такої, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років [97].

Як бачимо, КК Казахстану та РФ більш диверсифіковано підходять як до санкції статті, так і до характеристик суб'єктивної сторони основного складу

злочину, вводячи ознаку мети нанесення шкоди «іншим громадянам, або організаціям», що заслуговує на увагу.

Окремі країни східноєвропейської родини розглядають питання протидії зловживанням повноваженнями виключно через поняття корупційних злочинів.

Наприклад, ч. 1 ст. 303 КК Киргизької Республіки передбачає такий злочин, як корупція, – це умисні діяння, які полягають у створенні протиправного стійкого зв'язку однієї чи декількох посадових осіб, які мають власні повноваження з окремими особами чи угрупованнями з метою незаконного одержання матеріальних, будь-яких інших благі переваг, а також надання їм цих благ і переваг фізичною або юридичною особами, що створює загрозу інтересам суспільства чи держави[93]. Кримінальне законодавство Киргизької Республіки розрізняє службові злочини та злочини проти інтересів служби на недержавних підприємствах і організаціях. Так, КК Киргизької Республіки у минулій редакції містив Главу 23 «Злочини проти інтересів служби на недержавних підприємствах і організаціях» та Главу 30 «Посадові злочини».

Цей Кримінальний кодекс мав свої позитивні сторони та недоліки. Позитивним моментом є те, що ст. 221 містить примітку, в якій є визначення особи, яка виконує управлінські функції в комерційній чи іншій організації. Використання службовцям комерційної або іншої організації своїх розпорядчих чи інших управлінських повноважень всупереч інтересам цієї організації і з метою отримання вигоди або переваг для себе, а також інших осіб, або завдання шкоди іншим особам, якщо це спричинило заподіяння істотної шкоди правам чи законним інтересам громадян, організацій або держави, - карається штрафом у розмірі від п'ятдесяти до ста розрахункових показників або громадськими роботами на строк від ста вісімдесяти до двохсот сорока годин. Те саме діяння, що спричинило тяжкі наслідки, а так само зміну власника комерційної або іншої організації без його волі, - карається штрафом у розмірі від ста до

п'ятисот розрахункових показників або позбавленням волі на строк до трьох років.

Згідно з приміткою до цієї статті, особою, яка виконує управлінські функції в комерційній або іншій організації в статтях цієї глави визнається особа, постійно, тимчасово або за спеціальним повноваженням виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки в комерційній організації незалежно від форми власності, а також в некомерційній організації, котра є державним органом, органом місцевого самоврядування, державним чи муніципальним закладом. Така позиція не відповідає виключно характеристикам професійних функцій посадової особи приватного права, але для цього є певні передумови. Позитивним моментом також, є те, що була виділена окрема стаття 222 КК «Зловживання повноваженнями приватними нотаріусами та аудиторами». Використання приватним нотаріусом або приватним аудитором своїх повноважень всупереч завданням своєї діяльності та з метою отримання вигоди і переваг для себе чи інших осіб або завдання шкоди іншим особам, якщо це діяння заподіяло істотну шкоду правам і законним інтересам громадян або організацій або охоронюваним законом інтересам суспільства або держави, - карається штрафом у розмірі від ста до двохсот розрахункових показників з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або позбавленням волі на строк до трьох років. Те саме діяння, вчинене щодо завідомо неповнолітнього або недієздатної особи, - карається штрафом в розмірі від трьохсот до п'ятисот розрахункових показників з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або позбавленням волі на строк до п'яти років. До внесення змін у 2007 та 2009 році, ця стаття передбачала тільки кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями приватним аудитором. Невідомо, чому цю статтю не доповнили переліком осіб, які теж надають публічні послуги, наряду з нотаріусом та аудитором.

Поряд з цим, законом Киргизької Республіки від 24 січня 2017 року №10 «Про введення в дію Кримінального кодексу Киргизької Республіки, Кодексу Киргизької Республіки про проступки, Кримінально-процесуального кодексу Киргизької Республіки, Кримінально-виконавчого кодексу Киргизької Республіки, Закону Киргизької Республіки «Про основи амністії і порядку її застосування» з 01 січня 2019 року у країні вступить в силу нове кримінальне законодавство про злочини та кримінальні проступки. Статтею 233 «Зловживання повноваженнями в комерційній або іншій організації» нового КК Киргизької республіки встановлено, що використання особою, яка виконує управлінські функції в комерційній або іншій організації, своїх повноважень всупереч законним інтересам цієї організації і з метою отримання вигод або переваг для себе або інших осіб, або організацій або нанесення шкоди іншим особам або організаціям, якщо це заподіяло навмисно або через необережності значної шкоди, карається громадськими роботами IV категорії або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю III категорії або виправними роботами III категорії, або штрафом IV категорії».

На особливу увагу із пострадянських країн заслуговує КК Литви: розділ XXXIII якого «Злочини та кримінальні проступки проти державної служби та публічних інтересів» містить лише 5 статей: ст.225 «Хабарництво», ст. 226 «Хабарництво посередника», ст. 227 «Підкуп», ст. 228 «Зловживання», ст. 229 «Невиконання службових обов'язків», ст. 230 «Тлумачення термінів».

Проте він містить вельми оригінальні склади загальних службових злочинів. Так, зловживання (ст. 228) охоплює як зловживання службовим становищем, так і перевищення службових повноважень. Вважається, що такий підхід, хоч і може бути визнаний неточним з точки зору змісту понять «зловживання» і «перевищення», у цілому є правильним: адже за своїм характером і ступенем суспільної небезпеки ці діяння практично не відрізняються, а їх об'єднання в одній статті дозволяє уникнути поширених помилок у кваліфікації цих злочинів, розмежування яких є вельми складним.

Так, у ст. 228 КК Литовської республіки зазначено, що державний службовець або прирівняна до нього особа, яка допустила зловживання службовим становищем або перевищення службових повноважень, якщо внаслідок цього держава, міжнародна публічна організація, юридична чи фізична особа отримали великої шкоди, карається позбавленням права виконувати певну роботу або займатися певною діяльністю, або штрафом, або арештом, або позбавленням волі на строк до чотирьох років. Той, хто вчинив діяння, передбачені частиною 1 цієї статті, домагаючись майнової або особистої вигоди, за відсутності ознак хабарництва, карається позбавленням права виконувати певну роботу або займатися певною діяльністю, бо позбавленням волі на строк до шести років 142].

Дуже прогресивним є те, що у ст. 230 КК Литовської Республіки міститься тлумачення термінів, роз'яснюється, хто саме є службовою особою та хто до неї прирівнюється. Так, під зазначеними у цій главі державними службовцями розуміються особи, які виконують обов'язки державної служби, - політики держави, службовці публічного адміністрування за Законом про державну службу, а також інші особи, які, працюючи в державних інстанціях або установах місцевого самоврядування, в судових, правоохоронних інстанціях або в органах державного контролю та нагляду, прирівняних до них інстанціях, здійснюють функції представників влади або наділені адміністративними повноваженнями, так само як і офіційні кандидати на такі посади. Також до державного службовця прирівнюється особа, наділена відповідними повноваженнями в інстанції іноземної держави, у міжнародній публічній організації або в міжнародних судових інстанціях, а також офіційні кандидати на такі посади. Крім того, до державного службовця прирівнюється особа, що займає посаду в будь-якому державному, недержавному або в приватному закладі, підприємстві чи організації, або займається підприємництвом і наділене повноваженнями публічного адміністрування, а

також надає публічні послуги суспільству, за винятком осіб, які здійснюють господарські або технічні послуги.[142]

КК Грузії містить розділ XXXIX « Службові злочини», в який входять 12 статей, на жаль, жодна із них не містить конкретної норми про зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. У ст. 332 зазначено: зловживання чиновниками або прирівняними до них особами службовими повноваженнями всупереч вимогам публічної служби з метою отримання будь-яких вигоди чи переваг для себе чи інших осіб, що спричинило істотне порушення прав фізичних або юридичних осіб, законних інтересів суспільства або держави - карається штрафом або арештом на строк до чотирьох місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати посади чи займатися діяльністю на строк до трьох років.[90]

Специфічні склади службових злочинів передбачені Главою XV «Злочини, вчинені посадовими особами» та Главою XVI «Злочини, скоєні особами, які керують комерційними, громадськими та іншими недержавними організаціями» КК Республіки Молдова. Глава XVI КК Молдови складається з 4 статей: ст. 333 «Отримання хабара», ст. 334 «Давання хабара», ст. 335 «Зловживання службовим становищем», ст. 336 « Перевищення службових повноважень». До того ж, ч. 2 ст. 335 Глави XVI містить норму, яка передбачає кримінальну відповідальність нотаріуса, аудитора та адвоката [98]

Зловживанням службовим становищем згідно із ст. 335 КК Республіки Молдова, є умисне використання особою, яка керує комерційною, громадською чи іншою недержавною організацією, свого службового становища в корисливих чи інших особистих інтересах, що призвело до заподіяння шкоди у значних розмірах громадським інтересам або правам і охоронюваним законом інтересам фізичних або юридичних осіб, карається штрафом в розмірі від 150 до 400 умовних одиниць або позбавленням волі на строк до 3 років. Така сама дія, вчинена нотаріусом, аудитором чи адвокатом, карається штрафом в розмірі від 500 до 800 умовних одиниць або позбавленням волі на строк від 2 до 5 років з

позбавленням або без позбавлення в обох випадках права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 5 років. Дії, передбачені частинами 1 або 2: а) вчинені в інтересах організованої злочинної групи або злочинної організації; б) спричинили тяжкі наслідки, караються позбавленням волі на строк від 3 до 7 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 2 до 5 років.

Отже, можна побачити, що зловживання повноваженнями нотаріусом, аудитором чи адвокатом за кримінальним законодавством Республіки Молдова є кваліфікованою ознакою зловживання службовими повноваженнями, санкція ч. 2 цієї статті є більш суворою, порівняно із ч.1, що вказує на тяжкість покарання та суспільну небезпеку цього злочину.

КК Азербайджанської республіки [87] розрізняє тільки службові злочини, він не містить статей, які б передбачали кримінальну відповідальність осіб, які надають публічні послуги. В ньому є лише 7 статей, об'єднані у Главу 33 «Злочини проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування».

Стаття 208 «Зловживання посадовими повноваженнями» містить примітку, в якій є визначення посадової особи: зловживання посадовими повноваженнями, тобто умисне, всупереч інтересам служби, використання посадовою особою своїх службових повноважень з мотивів корисливої або іншої особистої зацікавленості, якщо це спричинило заподіяння істотної шкоди правам і законним інтересам громадян або організацій або охоронюваним законом інтересам суспільства або держави, - карається штрафом в розмірі від однієї до двох тисяч мінімальних розмірів оплати праці, або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до трьох років. Посадовими особами в статтях цієї глави визнаються особи, які постійно, тимчасово або за спеціальним повноваженням здійснюють функції представника влади або виконують організаційно-розпорядчі чи

адміністративно-господарські функції в державних органах, органах місцевого самоврядування, державних і муніципальних установах, підприємствах чи організаціях. Державні службовці та службовці органів місцевого самоврядування, що не відносяться до числа посадових осіб, несуть кримінальну відповідальність за статтями цієї глави у випадках, спеціально передбачених відповідними статтями.[87]

КК Естонської Республіки містить 24 статті, які об'єднані у Главу 8 «Посадові злочини». На жаль, жодна стаття не містить положень про зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, але можна в якості позитивної сторони виділити ст. 160 КК, яка містить визначення посадової особи.

Посадовими особами є особи, які обіймають посади в установах, на підприємствах і в організаціях, що ґрунтуються на будь-якій формі власності, якщо на них покладені державою або власником управлінські, наглядові, розпорядчі, оперативні або організаційні обов'язки, обов'язки щодо впорядкування руху матеріальних цінностей або функції представника влади [143].

Посадові злочини в КК Республіки Болгарія входять до Розділу 2 Глави 8 «Злочини проти діяльності державних органів та суспільних організацій». Так, розділ 2 «Посадові злочини» містить 6 статей, які не мають назв. У ч. 3 ст. 284 міститься норма, яка передбачає кримінальну відповідальність експерта за розголошення службової таємниці. У ст. 283 зазначається: посадова особа, яка застосовувала своє службове становище для незаконного придбання для себе або інших осіб майнових благ, карається позбавленням волі на строк до трьох років.[144]

Аналізуючи характеристики романо-германської правової родини, відзначимо, що надзвичайно широку систему складів службових злочинів містить КК Голландії. Так, розділ XXVIII «Злочини, пов'язані із посадовими зловживаннями» містить 25 статей, але він побудований досить хаотично,

містить багато схожих нормативних приписів, не містить визначення особи, яка надає публічні послуги, акцент зроблений саме на традиційних службових злочинах.

Нотаріуси за свої службові зловживання будуть нести відповідальність по ст. 360 КК: публічний службовець або будь-яка інша особа, яка виконує постійно або тимчасово яку-або публічну посаду, яка зумисне робить помилкові записи в книги або реєстри, призначеному виключно для адміністративного контролю, або яка фальсифікує такі книги або реєстри, підлягає терміну тюремного ув'язнення не більше трьох років або штрафу п'ятої категорії [89]

У КК Франції злочинні діяння осіб, які є носіями публічної влади, передбачені спеціальною і значною за обсягом главою 2 розділу III книги 4. Так, Розділ III « Про посягання на державну владу», складається з 3 Глав, які, в свою чергу, діляться на відділи, а відділи – на статті. Проте, жодна із статей не містить норм про кримінальну відповідальність осіб, які надають публічні послуги.[106]. Аналогічне явище було присутнє й у минулому Французькому кримінальному законодавстві [107]

Безпрецедентна кількість складів службових злочинів міститься у відносно новому КК Туреччини. Розділ 3 Книги 2 Кримінального кодексу Туреччини містить главу 4 «Покарання щодо осіб, які зловживають посадою та службовим становищем і не виконуючих посадові обов'язки», яка складається з 13 статей. Для визначення суб'єкта цього злочину в КК Туреччини використовуються терміни «чиновник» або «державний чиновник», які нажаль не пояснюються. Так, ст. 228 містить норму про зловживання повноваженнями: «Державний чиновник, зловживанням посадовими обов'язками або іншим порушенням закону і правил зробив або розпорядився про вчинення довільного дії щодо особи або чиновника, карається ув'язненням на строк від шести місяців до трьох років. Якщо зазначені діяння вчинені із спеціальними цілями або з політичних мотивів або інших причин, призначається покарання збільшується

від однієї третини до половини. Те ж покарання призначається чиновнику, який застосуванням необґрунтованих жорстких заходів при виконанні посадових обов'язків змушує особа не підкорятися розпорядженням закону або розпорядженнями Уряду» [104]. Можливо у майбутньому, було б доцільно навести визначення особи яка є чиновником, щоб було зрозуміло чи є такою особою нотаріус, аудитор та інші особи, які надають публічні послуги.

КК Данії [91] містить Главу 16 «Злочини, вчинені при здійсненні державної функції», яка складається з 20 статей. Нажаль, в КК Данії немає диференціації кримінальної відповідальності осіб, які надають публічні послуги та службових осіб, тому нотаріуси, аудитори, експерти, оцінювачі несуть кримінальну відповідальність за зловживання своїми повноваженнями за ст. 150.

В цій статті закріплено, що, якщо будь-яка особа при здійсненні державних повноважень або функції зловживає своїм становищем, щоб змусити будь-яку особа зробити, продовжити або утриматися від вчинення будь-чого, то вона підлягає простому взяттю під варту або тюремному ув'язненню на будь-який термін, що не перевищує трьох років.

Цікавим за своєю побудовою є Кримінальний кодекс Швейцарії, який розрізняє злочини проти службових і професійних обов'язків та окремо хабарництво [108]. М.І. Хавронюк, аналізуючи Розділ 18 КК Швейцарії, за ознакою суб'єкта пропонує виділяти злочинні діяння, які можуть бути вчинені:

1) чиновником або прирівняною до нього особою: - чиновником: неправомірне стягнення зборів чи завищення їх розміру (ст. 313); допомога вчинити втечу заарештованому чи ув'язненому (ст. 319); - членом виборного органу або чиновником: зловживання службовою владою з метою отримати для себе чи іншої особи вигоду або спричинити іншій особі шкоду (ст. 312); заподіяння шкоди громадським інтересам при укладенні угоди (ст. 314); - членом виборного органу, чиновником, суддею, третейським суддею, експертом, перекладачем — хабарництво, тобто вимагання, прийняття,

допущення прийняття незаконної вигоди за дії, які порушують (ст. 315) або не порушують (ст. 316) їх обов'язків. Відповідальність за підкуп цих осіб, а також представника військової служби встановлена ст. 288 (розділ 15 «Злочинні діяння проти державної влади»); чиновником або особою, яка має право публічно посвідчувати документи — підrobка документів (ст. 317);

2) особою за професійною ознакою: - лікарем, зубним лікарем, ветеринарним лікарем чи акушером — видача неправдивого свідоцтва (ст. 318); - керівником засобу масової інформації — порушення обов'язку давати відповіді (ст. 222);- відповідальним редактором чи особою, відповідальною за опублікування — не перешкоджання опублікуванню, шляхом якого вчинене злочинне діяння (ст. 322-bis).[84, с.850]

Книга 2 КК Швейцарії містить Розділ 18 «Злочинні діяння проти службових і професійних обов'язків», який складається з 12 статей, серед яких ст. 312 «Зловживання службовим становищем». Згідно останній, члени виборного органу або чиновники, які зловживають службовою владою, щоб отримати для себе чи іншої незаконну вигоду або заподіяти іншому шкоду, караються каторжною в'язницею на строк до п'яти років або тюремним ув'язненням. Розділ 19 «Хабарництво» Книги 2 КК Швейцарії містить також багато норм, які передбачають кримінальну відповідальність за дачу та отримання хабара, серед яких ст. 322 quater «Допущення себе підкупити»: «Хто, будучи членом судового чи іншого органу, чиновником, призначеному в службовому порядку експертом, письмовим або усним перекладачем, третейським суддею або військовослужбовцем, вимагає не належну йому вигоду, дає себе умовити прийняти її або приймає у зв'язку з його службовою діяльністю за яке суперечить його обов'язкам або віддане на його розсуд дія або бездіяльність на користь хабародавця або третьої особи, той карається каторжною в'язницею на строк до п'яти років або тюремним ув'язненням». Аналізуючи диспозицію основного складу цієї норми, можна побачити, що посадовою особою у Розділі 19 вважається експерт, перекладач, третейський

суддя, таким чином, якщо провести аналогію, то ці особи також можуть нести відповідальність за нормами 18 Розділу, так як у КК Швейцарії немає визначення цього терміну [108].

Цікавим є досвід найбільш передових країн у протидії цьому явищу. Деякі країни успішно використовують спеціальні схеми та методики для ліквідації наслідків явищ та поведінки, пов'язаної з корупцією. Так, в Ізраїлі антикорупційна атмосфера забезпечується системою “певного дублювання моніторингу” можливих корупційних дій. Моніторинг здійснюється урядовими організаціями і спеціальними підрозділами поліції, відомством Державного контролера, незалежного від міністерств і державних відомств, а також громадськими організаціями типу “Відомства за чистоту уряду”. Ці організації, виявляючи можливі корупційні точки, надають цю інформацію органам розслідування. В Ізраїлі, завдяки значним соціальним пільгам для урядовців і безжальному їх покаранню при виявленні корупції, низова корупція практично відсутня. Доведених до суду корупційних злочинів в Ізраїлі не більше 5%, проте мати репутацію людини, яка замішана в корупційному скандалі, вкрай небажано [145].

У деяких країнах світу існують закони, які безпосередньо спрямовані на боротьбу з корупцією, або регулюють окремі аспекти у межах законів щодо боротьби з організованою злочинністю або законах, які регулюють державну службу (Білорусь, Литва, Румунія). Так у ст. 2 Закону Республіки Білорусь №47-З від 10 червня 1997 р. «Про заходи боротьби з організованою злочинністю та корупцією» вказується, що «види та ознаки діянь, пов'язаних з організованою злочинністю та корупцією, а також кримінально-правові заходи покарання осіб, що їх скоїли, встановлюються Кримінальним кодексом Республіки Білорусь». [96]

В основу боротьби з корупцією в Німеччині покладено знищення матеріальної, насамперед фінансової бази злочинних угруповань. Це досягається двома шляхами: конфіскаційним (конфіскація майна) і створенням

належної правової бази для унеможливлення “відмивання” “брудних” грошей. Особливо слід звернути увагу на обов’язок банківських установ надавати правоохоронним органам інформацію про операції з грошима у розмірі понад 3 тисячі євро за умов, що цю інформацію буде використано виключно з метою розслідування. Генеральна лінія німецького уряду у сфері запобігання корупції полягає в тому, щоб через законодавчі, організаційні, кадрові та інші заходи унеможливити зловживання державними службовцями своїм посадовим станом.

Серед антикорупційних механізмів, які запроваджуються в Німеччині, слід назвати намір створити реєстр корумпованих фірм. Нині Німеччина йде шляхом іноземного досвіду, зокрема ізраїльського. Його суть полягає в тому, що фірма, яку включено до такого реєстру, позбавляється права виконувати будь-які державні замовлення і стає об’єктом більш пильної уваги з боку правоохоронних органів. На те ж спрямовано й її кримінальне законодавство [105].

Отже досвід окремих зарубіжних держав у сфері регулювання відповідальності за посадові злочини та злочини у сфері надання публічних послуг є вельми різноманітним, часто суперечливим і мінливим, але повчальним.

Для кваліфікації цих злочинів першочергове значення має не об’єктивні ознаки діяння, а характеристики соціальної ролі суб’єкту злочину, як особи, яка надає публічні послуги чи загалом посадової особи. У Кримінальних кодексах одних країн передбачено загальний вид зловживання повноваженнями, в кримінальних кодексах інших держав – тільки низка спеціальних видів зловживання. Найбільш близьким до змісту ст. 365² КК України є норми ст. 202 КК РФ, ст. 251 КК Республіки Казахстан, ст. 335 КК Республіки Молдова, та ст. 222 (233) КК Киргизької Республіки.

Вважається, що обов’язково слід запозичити позитивні моменти із кримінальних кодексів зарубіжних країн до нашого законодавства. Це

стосується побудови переліку об'єктів кримінально-правової охорони згідно ст.2 КК України, особливостей визначення суб'єктивної сторони основного складу злочину, питань диверсифікації покарань.

До речі, диференціація кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній (зокрема, державній і самоврядній) і непублічній управлінських сферах є центральним елементом кримінально-правової політики сьогодення. Так чи інакше, але саме такий підхід щодо диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення втілено в кримінальному законодавстві як країн близького зарубіжжя (у тому числі РФ, Грузії, Казахстану, Киргизії, Латвії, Литви, Таджикистану, Туркменістану), так і в низці країн континентальної Західної Європи (зокрема, Австрії, Голландії, Іспанії, Італії, Німеччині, Норвегії, Сан-Марино, Фінляндії, Франції, Швейцарії) [146].

Досвід зарубіжних держав свідчить про значущість нормативного визначення соціально-ролевих характеристик для криміналізації зловживань службових осіб, які надавали публічні послуги. Це робить необхідним чітке узагальнене законодавче визначення суб'єктів цього злочину на кшталт опису характеристик службових осіб у примітці до ст. 364 КК України. Зрозуміло, що загальні характеристики основного складу злочину, передбаченого статтею 365² КК України, можуть надати поштовх подальшим науковим розвідкам проблеми протидії зловживання повноваженнями у сфері надання публічних послуг.

РОЗДІЛ 2

ОСНОВНИЙ СКЛАД ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ.365⁻² КК УКРАЇНИ

2.1. Об'єктивні ознаки основного складу злочину, передбаченого ст.365⁻² КК України

За вчинення злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України винні особи повинні бути притягнені до кримінальної відповідальності, адже за будь-який злочин існує покарання. На даний час, враховуючи високу латентність та труднощі із процесуальним провадженням, було винесено лише одиничні вироки по ст. 365⁻² КК України; деякі справи розглядаються судами вже не 1 рік, судді переносять розгляд справи, відкладають слухання, затягують процес, що не позитивно впливає на стан злочинності і обумовлює реальну відсутність судової практики.

Відсутність судової статистики по злочинам, передбаченим ст. 365⁻² КК України також обумовлена тим, що ця спеціальна норма була внесена до Кримінального кодексу досить недавно. Отже юридичний аналіз складу злочину, передбаченого 365⁻² КК України, спрямований на рекомендації органам кримінальної юстиції щодо ретельного застосування цієї норми, з метою правильної кваліфікації норми та вирішення питання про доцільність чи недоцільність існування цієї норми у згаданій редакції. Існування норми Особливої частини Кримінального кодексу повинно не протирічити основним принципам декриміналізації. В.О. Туляков вважає, що з боку законодавця розгляд «кандидатів» на декриміналізацію обов'язково повинен бути в разі:

- наявності диспропорцій в кримінально-правовому регулюванні (зайва криміналізація);

- внутрішньої, зовнішньої, конституційної та міжнародно-правової неузгодженості кримінально-правової норми характеристикам інших правових актів,
- унікальності регулювання надмірно вузького конкретного питання,
- нестійкості правозастосовчої практики (одиночності застосування),
- відносності заборони (прихованої декриміналізації за допомогою нереалізації первісного законодавства у бланкетних і відсильних нормах),
- явною випадковістю буття норми, викликаной до життя поточними змінами політичних процесів.

При цьому відносність, нематеріальність, розмитість, віртуальність шкоди, заподіяної діянням, повинні кореспондувати економічній і соціальній неефективності стигматизації винного як злочинця, труднощам процесуального доказування порушення заборони і, нарешті, неможливості використання превентивних механізмів і форм реалізації кримінальної відповідальності [147, с.476]. У розвиток цієї позиції вказано й іншу точку зору: «Що ж стосується принципів, то ситуація дещо інша. Невідповідність діяння певному принципу криміналізації не завжди свідчить про неефективність норми і необхідність її виключення. Наприклад, відсутність судової практики за певною статтею КК України вказує на невідповідність принципу відносної поширеності діяння, проте не завжди свідчить про необхідність декриміналізації норми.

Причини невтішної статистики можуть бути найрізноманітніші: від високої ефективності застосовуваних методів попередження злочинів до відсутності процесуальних механізмів доведення складу злочину. Одним з явищ, породжуваних невідповідністю окремим принципам криміналізації, особливо принципу процесуальної здійсненості переслідування, є існування в КК України «мертвих норм», а передчасність криміналізації породжує, на нашу думку, існування в КК України «дрімаючих норм».

Негативне ставлення до цих явищ, що склалося в кримінально-правовій доктрині, є певною мірою упередженим. Давно настав час визнати, що «мертві

норми» є тою об'єктивною реальністю, що супроводжує процес розвитку кримінального законодавства. Чим ефективнішими будуть методи боротьби зі злочинністю, тим більше «мертвих норм» буде виникати в КК України. При цьому кожна «мертва норма» вимагає детального вивчення для вирішення питання про необхідність її декриміналізації».[148]

Поряд з цим, з'ясування характеристик перспективи норми пов'язане із особливостями кваліфікації основного складу злочину. Правильна кваліфікація є необхідною умовою забезпечення законності та встановленню справедливого покарання.

У свою чергу неправильна кваліфікація призводить до порушення прав і законних інтересів як держави, так і окремих громадян, перешкоджає нормальному здійсненню правосуддя, підриває авторитет органів розслідування і суду, і нарешті, держави.

Кожен злочин має властиві йому ознаки, однак далеко не всі вони враховуються при кваліфікації. При кваліфікації необхідно в конкретному діянні встановити ті юридично значущі об'єктивні і суб'єктивні ознаки, що входять до складу конкретного вчиненого злочину. Причому склад утворює тільки сукупність передбачених законом ознак. Кожен злочин завжди посягає на певний об'єкт, спричинює йому шкоду або створює загрозу заподіяння такої шкоди. Будучи одним із чотирьох елементів складу злочину, об'єкт злочину дає можливість визначити суспільно – політичну сутність злочину, з'ясувати його суспільно небезпечні наслідки.

Злочин, як і будь-яке інше діяння людини, завжди виявляється як певна єдність об'єктивного і суб'єктивного, причому вони завжди виступають в єдності. Процес кваліфікації виражається в послідовному встановленні точної відповідності об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта суб'єктивної сторони вчиненого злочину, об'єкту, об'єктивної сторони, суб'єкту суб'єктивної сторони складу злочину, закріпленого законом.

З цієї позиції, у якості попередніх висновків, зазначимо наступне.

Об'єктом злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, є встановлений законодавством порядок здійснення професійної діяльності з надання публічних послуг, а також охоронювані законом права і інтереси окремих громадян, юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

Предметом цього злочину є неправомірна вигода, під якою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи.

Так як злочином, передбаченим ст. 365⁻² КК України, порушується нормальний, встановлений законодавством порядок надання публічних послуг, то обов'язково треба встановити, що саме є публічними послугами.

У спеціальній літературі є 2 підходи до визначення поняття «публічні послуги»: по-перше, їх ототожнення за змістом із поняттями «державні послуги» чи «адміністративні послуги»; по-друге, широке розуміння поняття «публічні послуги» – як дії чи бездіяльності, що створює певну користь для особи, яка її споживає у процесі її надання (здійснення), результати якої не знаходять матеріального втілення у речах.

Як правило (С.В. Ківалов), під публічними послугами розуміють юридично значимі діяння (діяльність) цивільно-правового чи адміністративно-приватного характеру повноважних (компетентних) фізичних та юридичних осіб, якими задовольняються (спрямовані на задоволення) законні інтереси, потреби фізичних та юридичних осіб нематеріального характеру [26-28].

Досліджуючи об'єктивну сторону злочину, передбаченого 365⁻² КК України, можна дійти висновку, що цей злочин належить до злочинів з матеріальним складом і вважається закінченим з моменту настання суспільно – небезпечних наслідків, які полягають у настанні істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб. Така шкода може полягати у спричиненні наслідків матеріального характеру.

Одним із обов'язкових елементів складу злочину, без якого не може настати кримінальна відповідальність, є суб'єкт злочину. На жаль, найбільш дискусійним в теорії суб'єктом злочину є особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Суб'єктом злочину, передбаченого 365⁻² КК України, є аудитор, нотаріус, оцінювач, уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), або державного реєстратора, суб'єкта державної реєстрації прав, державного виконавця, приватного виконавця.

Розглянемо ці питання більш ретельно.

Об'єкт злочину

Вчення про об'єкт злочину є одним із ключових у кримінальному праві й містить ряд складних і дискусійних питань. Під об'єктом злочину в різні часи і різними авторами розумілися: суб'єктивні права особи (А. Фейєрбах); норми права в їх реальному бутті (М.С. Таганцев); цінності як умови здорового існування суспільства (К. Біндінг); охоронювані нормами права життєві інтереси (Ф. Лист); правові блага (Г. Вельцель); суспільні відносини (М.Й. Коржанський); конкретні відносини, речі та стани осіб чи речей (С.В. Познишев); матеріальні та нематеріальні цінності (А.Н. Трайнін); суспільні інтереси (Б.С. Нікіфоров); охоронювані кримінальним правом блага (С.Б. Гавриш) [149, с.138]; сфери життєдіяльності (В.П. Ємельянов) [150, с.68; 151]; охоронювані законом цінності (Є.В. Фесенко). [152]

За визначенням М.І. Хавронюка і М.І. Мельника, об'єкт злочину – це охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, на які посягає злочин, завдаючи їм певної шкоди або створюючи загрозу завдання такої шкоди [153].

На думку М.Й. Коржанського, об'єкт злочину – це суспільні відносини, що перебувають під охороною кримінального закону, шляхом зміни яких заподіюється соціально небезпечна шкода. Суспільні відносини завжди мають об'єктивний характер, існують поза і незалежно від людської свідомості, а отже, і незалежно від самого кримінального закону, і є первинними щодо нього. [154]

Останнім часом у вітчизняній кримінально – правовій науці поставлено під сумнів визначення об'єктом злочину суспільних відносин і пропонується замість цього інше – соціальні цінності.

Так, зокрема, вважав П.С. Матишевський. Такий аксіологічний підхід до об'єкта впливає насамперед із положень Конституції України. На цій підставі поняття «соціальні цінності» пропонується автоматично та беззаперечно перенести на **грунт** кримінального права, не розрізняючи питання, які стосуються об'єкту кримінально-правової охорони. [153, с.179]

Кримінальний закон бере під захист найважливіші цінності суспільства. Згідно з ч 1 ст.1 КК України, об'єктами кримінально-правової охорони є права і свободи людини і громадянина, власність, громадський порядок та громадська безпека, довкілля, конституційний устрій України, а також мир і безпека людства.

При цьому слід відрізнити об'єкт злочину від об'єкта кримінально-правової охорони. Об'єкт кримінально-правової охорони - це цінність, поставлена під охорону кримінального закону, на яку ще не здійснено злочинного посягання. Об'єкт злочину - це та ж сама цінність, на котру вже вчинено суспільно-небезпечне посягання, передбачене Особливою частиною КК України.

А.Е. Жалінський акцентує увагу на тому, що при вивченні об'єкта злочину в будь-якому випадку необхідно розрізняти зміст і структуру об'єкта посягання як частини соціальної дійсності, а саме – що протистоїть суб'єкту злочину, та ознаки, якими описують цю предметність, тобто необхідно

відповідно визначити: а) що є реально або предметно об'єктом кримінально караного посягання і, відповідно, потребує кримінально-правової охорони; б) як це описати ознаками складу злочину для того, щоб характеристика об'єкта злочину була придатною для визначення підстави кримінальної відповідальності, і у цьому сенсі опис об'єкта повинен бути придатним для розмежування злочинів, оцінки їх суспільної небезпечності і повинен у можливих межах гарантувати дотримання принципу законності [154].

На думку проф. П.П. Андрушко, з якою ми погоджуємося, слід розрізняти поняття «об'єкт кримінально-правової охорони» та «об'єкт захисту» (точніше – «об'єкт правомірного захисту», яким стає об'єкт кримінально-правової охорони при здійсненні посягання на нього).

Об'єкт кримінально-правової охорони – це ті соціальні цінності, які державою беруться під охорону шляхом встановлення у кримінальному законі потенційної кримінальної відповідальності, до якої має притягуватись особа, яка вчинить посягання на такі соціальні цінності, які стають (набувають режиму, статусу) або об'єктом злочину при фактичному вчиненні посягання на них, або/та об'єктом правомірного захисту потерпілим чи особами, які зобов'язані здійснювати їх захист в силу виконання професійних чи службових обов'язків, або особами, яким закон, в тому числі і кримінальний, надає право чи на яких покладає обов'язок здійснювати захист взятих ним під охорону соціальних цінностей. Захист чогось – це реальні, фактичні дії, спрямовані на відвернення, недопущення заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони.

З кримінально-правового погляду захист правоохоронюваних інтересів включає в себе: 1) дії особи, на правоохоронювані інтереси якої здійснюється посягання чи які поставлені під загрозу заподіяння їм шкоди, спрямовані на припинення, прискання посягання чи усунення (відвернення) загрози заподіяння шкоди; 2) такі ж дії особи, спрямовані на припинення посягання чи усунення (відвернення) загрози заподіяння шкоди правоохоронюваним

інтересам інших осіб; 3) дії особи щодо спонукання осіб, які виконують службові чи професійні функції, а також осіб, на яких законом покладено певні обов'язки вчиняти певні дії з підстав ним (законом) передбачених, вчинити певні дії, спрямовані на прискання суспільно небезпечних посягань на правоохоронювані інтереси чи усунення наявної або потенційної загрози заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, в тому числі і шляхом примушування таких осіб до виконання покладених на них законом обов'язків (наприклад, спонукання лікаря надати медичну допомогу, спонукання пожежника гасити пожежу, спонукання працівника міліції вчинити дії щодо припинення (прискання) правопорушення чи затримання правопорушника). До того ж кримінальне право передбачає засоби охорони своїх об'єктів не лише від злочинів, а й від суспільно небезпечних діянь неосудних, і від небезпек, які створюють стан крайньої необхідності[157].

А.А. Музика вважає, що об'єктом кримінально-правової охорони визнається правопорядок у цілому як сукупність урегульованих нормами права суспільних відносин, а про суспільні відносини як про об'єкт злочину можна говорити лише у випадку, коли посягання на них є злочинним, коли його передбачено як злочин законом [158, с.25-33]. Про тотожність понять «об'єкт кримінально-правової охорони» та «об'єкт злочину» можна говорити при визнанні об'єктом злочину саме суспільних відносин, а не особистих благ чи інтересів особи, соціальних цінностей.

Зокрема, об'єктом кримінально-правової охорони є людина взагалі, життя, здоров'я, безпека, гідність, недоторканність будь-якої людини, права, свободи, інтереси людини взагалі – будь-якої людини, які охороняються кримінальним законом, а об'єктом конкретного злочину є конкретна людина, життя, здоров'я, особиста безпека, гідність, недоторканність конкретної людини, її права, свободи та правоохоронювані інтереси. У так званих «загальнокримінальних» злочинах (злочини проти життя і здоров'я, волі, статевої свободи і статевої недоторканності, проти власності) об'єкт

кримінально-правової охорони і об'єкт злочину тотожні за змістом, але не за обсягом: об'єктом кримінально-правової охорони є, наприклад, життя, майно, воля людини взагалі, а не конкретної людини, а об'єктом злочину є життя, майно, воля конкретної людини. В цьому проявляється абстрактність об'єкта кримінально-правової охорони і конкретність об'єкта конкретного злочину.

Таким чином, об'єкт кримінально-правової охорони – це ті цінності, які законодавцем беруться під охорону шляхом прийняття кримінально-правової норми, тобто цінності, які потенційно можуть стати об'єктом злочину (злочинного посягання) [157].

А.А. Піонтковський, будучи одним із основоположників теорії об'єкта як суспільних відносин, водночас підтверджував, що безпосередній об'єкт «може бути суспільними відносинами, але в більшості випадків їм не є» [159,160]. А.Н. Трайнін, відмічаючи, що «об'єктом посягання в його конкретному життєвому втіленні можуть бути як матеріальні, так і нематеріальні цінності – політичні, моральні, культурну та інші», тут же робить обмовку, що «у марксистському розумінні об'єктом усякого посягання є суспільні відносини, встановлені в інтересах пануючого класу» [161, с.123].

У цілому в кримінально-правовій науці склалася така ситуація, що суспільні відносини як універсальний об'єкт злочину одержали постійну «прописку» лише в дослідженнях з Загальної частини кримінального права. Що ж стосується досліджень у сфері Особливої частини кримінального права, то в них, як правило, або робляться «чергові» нагадування про суспільні відносини, а потім впливає розгляд по суті дійсного безпосереднього об'єкта злочину, або взагалі ставиться знак рівності між суспільними відносинами і конкретними благами та цінностями як об'єктами злочинів, а суспільні відносини згадуються як **некий** «вторинний» об'єкт.

Правда, частіше всього при розгляді конкретних складів про суспільні відносини часом узагалі нічого не говориться, а просто досліджується безпосередній об'єкт: життя, здоров'я, діяльність, система, умови тощо.

Причому останнє найбільше характерно для навчальної літератури і науково-практичних коментарів до кримінальних кодексів, до того ж для всього періоду існування постулату, що розглядується.

Зокрема, у виданому ще в 1939 році підручнику з Особливої частини кримінального права (автори: А.А. Піонтковський, О.А. Герцензон, А.Н. Трайнін, М.Д. Дурманов, М.М. Ісаєв та інші видатні вчені) взагалі немає жодного нагадування про суспільні відносини як об'єкти злочинів, навпаки, в якості об'єктів злочинних посягань указуються конкретні реалії дійсності: диктатура робітничого класу, робітничий клас і революційний рух, порядок управління, життя, здоров'я, майно і т. д. [162]. Сьогодні, як стверджував В.П. Ємельянов [161], із зникненням ідеологічної підпірки у вигляді інтересів пануючого класу відпала і необхідність в існуванні штучно створеного постулату, і, як би підводячи ризику під періодом панування у вітчизняній кримінально-правовій науці концепції суспільних відносин як об'єкта злочинів. Г.П. Новосьолов, надаючи додаткових аргументів антропоцентристському підходу до визначення злочину, цілком точно констатує: «Прямуючи в напрямку не від часткового до загального, а від загального до часткового і фактично «запрограмував» себе на необхідність розуміння суспільних відносин як об'єкта кожного злочину, радянська кримінально-правова наука за весь період свого існування так і не змогла створити теорії, спроможної усунути розбіжність між тим загальним розумінням об'єкта, що декларується, і його характеристикою стосовно до конкретних складів злочину. Не тільки колись, але і тепер прихильниками точки зору, що критикується, в межах Особливої частини як об'єкт злочину розглядаються особа, здоров'я, честь, гідність, конституційні права і свободи, громадська безпека, конституційні основи, мир і безпека людства і т. п. — то, що ніяк не може бути названо суспільними відносинами як такими.

У роботах останніх років поняття об'єкта злочину нерідко ув'язується не тільки з правовими благами, охоронюваними законом інтересами,

суб'єктивними правами і т. п., але і з такими суспільними відносинами, які або щось регулюють (участь у підприємницькій діяльності, ринок цінних паперів, зовнішньоекономічну діяльність і т. д.), щось забезпечують (нормальне функціонування особистості, статеву недоторканість і часткову свободу особи... і т. д.), або десь укладаються (скажемо, у сфері державного регулювання оподатковування, у сфері споживчого ринку).

Подібного роду трактування «безпосереднього» об'єкта злочину породило конструкції, які, хоча формально і не вступають в очевидне протиріччя з вихідною тезою, явно мають «наліт» штучності і схоластичності і, саме головне, нічого не дають для практики застосування кримінально-правових норм» [163, с.23-24] .

До речі, що стосується кримінально-правових норм, то ніколи, в жодному Кримінальному кодексі тієї або іншої держави (навіть соціалістичної) суспільні відносини не називалися і не називаються об'єктом кримінально-правової охорони, більш того, у жодному Кримінальному кодексі жодної держави у світі жодна глава, жодний розділ Особливої частини не називається, починаючи зі слів «Злочини проти суспільних відносин...», а прямо вказується в назвах глав (розділів) на конкретні сфери буття, що охороняються від злочинних посягань (виключення складають злочини проти довкілля).

У ст. 1 КК України, наприклад, прямо вказується, що задачами чинного Кодексу є охорона прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам. Тобто, у кримінальному законодавстві прямо вказується на охорону конкретних реалій дійсності, а не суспільних відносин у якийсь сфері або таких, що створюються з якогось приводу [164,с.13-15].

З іншого боку, визнання в якості об'єкта злочину суспільних відносин суперечить одному з основних принципів кримінального права – принципу відповідальності особи тільки при наявності вини (принципу суб'єктивного

ставлення у провину), оскільки в реальній дійсності ніхто з осіб, які вчинили злочин, просто не в змозі усвідомлювати об'єкт зробленого їм злочину у вигляді тої найскладнішої ієрархії елементів суспільних відносин, як це подано прихильниками відомого постулату, а саме: 1) суб'єкти (носії) відносин; 2) предмет, із приводу якого існують відносини; 3) соціальний зв'язок (суспільно значуща діяльність) як зміст відносин» [160].

Але чи можуть страждати від конкретного злочинного діяння суспільні відносини?

Як показали самі прихильники цієї концепції, якщо і страждають якимось суспільні відносини, то, так би мовити, «рикошетом», у вторинному порядку, «заодно» із дійсним безпосереднім об'єктом, тобто фактично заподіяння шкоди суспільним відносинам відбувається не в реальній дійсності, а в уяві дослідників, оскільки самі суспільні відносини є науковою абстракцією.

Але якщо суспільні відносини й інтереси не можуть бути безпосередніми об'єктами реальних злочинів, а категорією «благо» охопити всі об'єкти неможливо, то, природно, виникає необхідність у встановленні узагальнюючої категорії. І цією категорією, як уявляється, може бути сама людина з її особистими благами, середовищем проживання, створеними нею суспільними встановленнями і правовими нормами. Г.П. Новоселов, базуючись на тому, що від злочину завжди страждають люди, робить висновок, що об'єктом кожного злочину виступають люди – індивіди або їх малі або великі групи (об'єднання), або в цілому суспільство (соціум) [163].

Це, в цілому вірно, уявлення про об'єкт злочину потребує деякого уточнення, оскільки не всякий злочин посягає безпосередньо на людину, він може заподіяти шкоду їй опосередковано, за допомогою впливу на умови її життя і середовище проживання. Скоюючи злочин, винна особа безпосередньо посягає не тільки на людей, але і на ті або інші різновиди, аспекти, прояви життя, діяльності людини, колективів, суспільства, їхню безпеку, умови існування і функціонування, тобто на охоронювані кримінальним законом

конкретні сфери життєдіяльності людей, які і виступають у якості безпосередніх об'єктів злочинів як реальних явищ дійсності.

Об'єктами злочинного посягання можуть бути життя, здоров'я, гідність особи, довкілля, громадські і державні встановлення, їхня діяльність, умови функціонування і т. д., загалом, те, що існує в реальній дійсності, конкретно відчутно, і чому може бути заподіяний матеріальний збиток, який піддається достовірному визначенню й оцінці, і що взято під охорону кримінального закону, незалежно від того, яке до цього відношення тих або інших прошарків населення. Таке розуміння об'єкта неодноразово виражалось В.П. Ємельяновим у відповідних публікаціях [150]. Концепція (основи державної політики) національної безпеки України, схвалена Постановою Верховної Ради України від 16 січня 1997 р. №3/97-ВР, у розділі II «Національні інтереси України» вказує: «Національні інтереси України відображають фундаментальні цінності і прагнення українського народу, його потреби у гідних умовах життєдіяльності, а також цивілізовані шляхи їх створення та засоби задоволення», а розділ III «Загрози національній безпеці України» починається зі слів: «Основні можливі загрози національній безпеці України в найбільш важливих сферах життєдіяльності» [165].

Поряд з цим, згідно з традицією, найбільш доцільно загальний об'єкт злочину визначати через суспільні відносини в сфері життєдіяльності людини, суспільства, держави. Щодо поняття суспільних відносин, то воно включає в себе чотири різних елементи в їх сукупності: 1) предмет відносин – це певні блага, з приводу яких виникають відносини (особисті блага – життя, здоров'я, права та свободи особистості, майно тощо); 2) суб'єкти (учасники цих відносин); 3) зв'язок, який існує між суб'єктами відносин з приводу предмета відносин; 4) умови реалізації відносин, що встановлюються державою у відповідних нормах права (нормативний елемент). [166]

Нормативний момент у визначенні об'єкта, зазначає М.І. Бажанов, як правило, необхідний, оскільки не будь – які відносини є об'єктом злочину, а

лише поставлені під охорону, що захищаються нормами кримінального права.[166] Хоча всі елементи суспільних відносин виступають в єдності, але кожен з них по-своєму відображає конкретний бік цих відносин. Неоднакова роль елементів суспільних відносин в житті суспільства не може не впливати на юридичну структуру об'єкта посягання.

Є.В. Лашук пропонує об'єкт злочину розглядати одночасно в двох площинах: у вузькому розумінні, що відображає його зміст, і в широкому – розкриває форму (структуру) цього поняття.

У вузькому розумінні об'єктом злочину є суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом, у сфері яких завдається шкода чи створюється загроза її заподіяння. Об'єкт злочину в широкому розумінні – це елемент складу злочину, утворений суспільними відносинами, що охороняються кримінальним законом та у сфері яких заподіюється шкода чи створюється загроза її заподіяння (обов'язкова ознака), а також включає в себе предмет злочину і потерпілого від злочину (факультативні ознаки). [167]

Отже, об'єкт злочину – це суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом, на які безпосередньо спрямований конкретний злочин і яким він спричиняє істотну шкоду чи створює реальну загрозу завдання такої шкоди. [168]

Загальним об'єктом злочину вважається сукупність охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин. Причому, необхідно відзначити, що не всякі суспільні відносини будуть об'єктом злочину, а тільки такі, які поставлені під кримінально-правову охорону.. Ці суспільні відносини можуть змінюватись. Тому цілком обґрунтованою є точка зору академіка В.Я. Тація [169], що «загальним об'єктом (злочину) є не постійна система суспільних відносин, а рушійна (змінювальна) система, цілком залежна від кримінального закону (наприклад, у зв'язку з криміналізацією або декриміналізацією суспільно небезпечних діянь), зі зміною якого змінюється і система суспільних відносин, що створює у своїй сукупності загальний об'єкт кримінально-правової охорони.

«Родовий (груповий) об'єкт, - пише В.Я.Тацій, - це об'єкт, що охоплює визначене коло тотожних або однорідних по своїй соціально-політичній і економічній сутності суспільних відносин, які повинні охоронятися в силу цього єдиним комплектом взаємопов'язаних кримінально-правових норм» [170]

Окрім Розділу XVII КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», за винятком ст. 367, у Кримінальному кодексі досить багато норм, що встановлюють відповідальність за корупційні злочини, вчинення яких також обумовлене службовим становищем суб'єкта, однак при їх здійсненні основним безпосереднім об'єктом є інші суспільні відносини. Залежно від сфери цих суспільних відносин вчинене особою діяння визнається злочином проти свободи, честі та гідності (ст. 149 КК України), проти власності (ч. 2 ст. 191 КК України); господарської діяльності (ч. 3 ст. 206, ст. 210, ст. 227 КК України); довкілля (ст. 248 КК України); злочини в сфері обігу наркотичних речовин, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення (ст.ст. 308, 312, 313, 320 КК України), авторитету органів влади та місцевого самоврядування (ст. 351 КК України); інтересів правосуддя; порядку несення військової служби (статті 423 КК України).

Так, об'єктом злочинів, пов'язаних з корупцією, є суспільні відносини, які забезпечують порядок здійснення публічної служби, права і свободи громадян, авторитет органів публічної влади, суб'єктів приватного права тощо. Ст. 365⁻² « Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» входить до складу Розділу XVII Кримінального кодексу України.

Родовим об'єктом злочинів, передбачених у Розділі XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» є суспільні відносини, які забезпечують нормальну, тобто таку, що відповідає вимогам законодавства, діяльність державного апарату, апарату управління органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності і

організаційно – правової форми, а також суспільні відносини що забезпечують здійснення регламентованої законодавством професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. [171]

На думку деяких учених, родовим об'єктом злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є встановлений законом порядок здійснення своїх повноважень посадовими та службовими особами органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх апарату, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності, а також особами, які надають публічні послуги. [172] На думку М.І. Хавронюка та М.І. Мельника, при визначенні безпосереднього об'єкта таких злочинів за основу слід брати функціональну ознаку та правовий статус відповідного суб'єкта, а також зміст діяльності (повноваження) осіб, які надають публічні послуги.

Отже, безпосереднім об'єктом злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є правильна (нормальна) діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, окремих організацій, установ, підприємств (незалежно від форм власності), а також осіб, які надають публічні послуги, зміст якої визначається законодавством. У випадку злочинного посягання, службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, на інші суспільні відносини вчинене слід кваліфікувати як інший злочин, що міститься в іншому розділі Особливої частини КК України.

Якщо ж службова особа чи особа, яка надає публічні послуги, посягнула одночасно на суспільні відносини, які визначають правильну діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, окремої організації, установи, підприємства (незалежно від форми власності), особи, яка надає публічні послуги, і, наприклад, господарську діяльність, власність, довкілля, то її дії треба кваліфікувати за наявності відповідних ознак як злочин у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з

наданням публічних послуг, і той чи інший злочин у сфері господарської діяльності або злочин проти власності чи довкілля (крім випадків, коли діяння, яке описане у статтях про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є способом учинення іншого злочину). Останнє, наявне, наприклад, при заволодінні чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, що підлягає кваліфікації за відповідною частиною ст. 191 КК України (додаткова кваліфікація вчиненого ще й за ст. 364 КК України не потрібна).

Безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст.365⁻² КК України є суспільні відносини, що забезпечують нормальне здійснення тих конкретних видів професійної діяльності, які пов'язані з наданням публічних послуг. Вважається, що найбільш вдалим є визначення О.В. Шемякіна, який, виходячи з аналізу ст. 365⁻² КК України, пропонує визнати об'єктом цього злочину встановлений законодавством порядок здійснення професійної діяльності з надання публічних послуг, а також охоронювані законом права і інтереси окремих громадян, юридичних осіб, інтересів суспільства і держави [131].

У деяких службових злочинах та злочинах у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, обов'язковою ознакою їх складу є предмет злочину. У теорії кримінального права існують кілька поглядів щодо визначення предмета злочину. Так, В.М. Кудрявцев зазначав, що предметом злочинів є матеріальне виявлення відповідних суспільних відносин.[173]

В.Я Тацій у предметі злочину вбачає будь – які речі матеріального світу, з певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину. [174] М.Й. Коржанський стверджував, що під предметом злочину потрібно мати на увазі конкретний матеріальний об'єкт, у якому виявляються певні сторони, властивості суспільних відносин (об'єкта злочину), впливом фізичної або психічної дії на який заподіюється суспільно небезпечна шкода у сфері цих суспільних

відносин. [154, с.122] Так як злочином, передбаченим ст. 365⁻² КК України порушується нормальний, встановлений законодавством порядок надання публічних послуг, то обов'язково треба встановити, що саме є публічними послугами. Як зазначає О.І. Григораш, поняття «публічні послуги» - надзвичайно складне і багатогранне явище. На сьогодні існує потреба більш повно описати усі існуючі підходи щодо його розуміння, щоб потім на їх основі створити діючу концепцію надання публічних послуг, яка може бути закладена в основу правового регулювання. [175, с.76]

У новітній юридичній літературі дослідницький інтерес викликають питання запровадження теорії послуг як базисного правового явища, яке повинно забезпечувати належну реалізацію приватними особами чи їх об'єднаннями своїх прав й законних (охоронюваних законом) інтересів. Ідеологами запровадження правової теорії послуг в Україні є такі науковці, як В. Авер'янов, І. Голосніченко, В. Долечек, І. Коліушко, А. Ліпінцев, О. Поляк, В. Тимошук, Г. Чміленко та інші.[176, с.88]

У спеціальній літературі є 2 підходи до визначення поняття «публічні послуги»: по-перше, їх ототожнення за змістом із поняттями «державні послуги» чи «адміністративні послуги»; по-друге, широке розуміння поняття «публічні послуги» – як дії чи бездіяльності, що створює певну користь для особи, яка її споживає у процесі її надання (здійснення), результати якої не знаходять матеріального втілення у речах.[177 с.89]

Під публічними послугами у статті 365-2 КК України та у пункті «г» ч. 1 ст. 2 Закону «Про засади запобігання та протидії корупції» від 11 червня 2009 року №1506-VI розуміються: 1) так звані адміністративні (державні) послуги, перелік яких (із зазначенням послуг, суб'єктів їх надання, а для платних послуг – також їх вартості) згідно з Указом Президента України від 3 липня 2009 року №508/2009 «Про заходи із забезпечення додержання прав фізичних та юридичних осіб щодо одержання адміністративних (державних) послуг». Такі послуги, згідно з підпунктом 1 пункту 1 названого Указу, надаються органами

виконавчої влади, державними підприємствами, установами і організаціями, а також органами місцевого самоврядування під час здійснення делегованих повноважень; 2) послуги, які надаються на професійній основі так званими «самозайнятими» особами, в тому числі особами, які здійснюють незалежну професійну діяльність, у процесі (під час) здійснення своєї професійної діяльності; 3) послуги, які надаються юридичними особами приватного права; 4) соціальні послуги.

Таким чином, можна погодитись із висновком Бакай М.І, що під публічними послугами у контексті норми, що вивчається розуміють юридично значимі діяння (діяльність) цивільно-правового чи адміністративно-приватного характеру повноважних (компетентних) фізичних та юридичних осіб, якими задовольняються (спрямовані на задоволення) законні інтереси, потреби фізичних та юридичних осіб нематеріального характеру. [29, с.144].

А.Б. Шаститко пропонує розглядати публічні послуги через їх основне завдання, а саме підвищення ефективності державного управління.

Дослідником розроблено два підходи до розуміння цього поняття - емпіричне й теоретичне.

У рамках першого підходу під публічними послугами розуміються послуги, надані (у зв'язку з виконанням владних функцій) органами виконавчої влади та їхніми установами при безпосередній взаємодії з громадянами. Відповідно до другого підходу публічними вважаються послуги, що мають властивості приватних благ, але безпосередньо сполучені зі специфікацією і захистом прав власності окремих осіб. Він зазначає, що в економічному змісті держава надає послуги, що є суспільними благами. У правовому змісті, блага не попадають у категорію послуг, тому що суспільний договір не виступає формою договору в юридичному плані, що містить обіцянку з юридично значимими наслідками при їхньому невиконанні [178].

Ю.А. Тихомиров під публічною послугою розуміє здійснення дій уповноваженим суб'єктом для задоволення потреб і прав інших осіб [179].

Цікавою є думка О.І. Григораша, який виділяє такі ознаки публічних послуг: 1) вони забезпечують діяльність загальнозначущої спрямованості; 2) мають необмежене коло суб'єктів, що користуються ними; 3) здійснюються або органом державної й муніципальної влади, або іншим суб'єктом; 4) ґрунтуються як на публічній, так і на приватній власності. Стверджується, що публічні послуги - це послуги, які надаються державними структурами та органами місцевого самоврядування або іншими суб'єктами за рахунок публічних коштів [175].

За ознаками суб'єкта управління, котрий надає публічні послуги, слід розрізняти такі види публічних послуг: 1) державні послуги - це послуги, що надаються органами державної влади (насамперед, виконавчої) та державними підприємствами, установами й організаціями. До числа державних послуг відносяться також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень за рахунок коштів державного бюджету; 2) муніципальні (комунальні) послуги - це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування, комунальними підприємствами, установами й організаціями за рахунок коштів місцевих бюджетів; 3) управлінські послуги - це розпорядча діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що регламентована законом і здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб і спрямована на реалізацію їх прав, свобод та законних інтересів; 4) адміністративні послуги, які передбачають юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх, заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо). [175, с. 76] Кожна адміністративна послуга повинна мати такі ознаки: надаватися в межах правового поля за зверненням юридичних чи фізичних осіб; надаватися з метою забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної особи; надаватися шляхом реалізації владних повноважень [180, с.41].

Ю.В. Гродецький та С.В. Гізімчук зазначають, що публічні послуги характеризуються такими ознаками: 1) спрямованість на захист чи забезпечення умов для реалізації суспільних інтересів, прав та інтересів фізичних або юридичних осіб; 2) порядок та форма їх надання визначені державою чи органом місцевого самоврядування; 3) вони породжують наслідки правового характеру.

Т. Коханюк, спираючись на положення ЦК України, публічними вважає, послуги, які сповіщені та можуть бути надані невизначеному колу осіб [181].

Науковці з Національної академії прокуратури України у контексті аналізу ст. ст. 365⁻², 368⁻⁴ КК України визначають публічні послуги як послуги: 1) що безпосередньо породжують наслідки правового характеру, спрямовані на реалізацію прав та законних інтересів фізичних або юридичних осіб; 2) порядок та форма надання яких визначаються державою чи органами місцевого самоврядування у відповідних нормативно-правових актах або угодах; 3) що надаються особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування.

До публічних послуг за умови, що вони безпосередньо тягнуть за собою правові наслідки, належать такі види послуг: адміністративні, соціальні, з надання правової допомоги, житлово-комунальні, інформаційні, медичні, послуги з оздоровлення й відпочинку, освітні, послуги з протипожежного захисту та рятування, транспортні і послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо.[182]

Представницею Одеської юридичної школи доц. А. Писаренко відокремлюються такі підстави класифікації адміністративних послуг: 1). За змістом адміністративної діяльності щодо надання адміністративних послуг: а) видача дозволів (на зайняття окремими видами підприємницької діяльності; на проведення мітингів, демонстрацій; на розміщення реклами та ін.), у тому числі акредитація, атестація, сертифікація; б) реєстрація з веденням реєстрів (реєстрація актів громадянського стану, суб'єктів підприємницької діяльності),

у тому числі легалізація суб'єктів (легалізація об'єднань громадян); в) легалізація актів (консульська легалізація документів), нострифікація (визнання дипломів, виданих в інших країнах) та верифікація (встановлення достовірності сертифікатів про походження товарів з України); г) соціальні послуги – визнання певного статусу, прав особи (призначення пенсій, субсидій). 2. За рівнем встановлення повноважень щодо надання адміністративних послуг та правового регулювання процедури їх надання, зокрема: а) адміністративні послуги з централізованим регулюванням (закони, акти Президента України, Кабінету Міністрів України та центральних органів виконавчої влади); б) адміністративні послуги з локальним регулюванням (акти органів місцевого самоврядування, місцевих органів виконавчої влади); в) адміністративні послуги зі „змішаним” регулюванням (коли водночас здійснюються централізоване і локальне регулювання). 3. За предметом (характером) питань, за розв'язанням яких звертаються особи до адміністративних органів: а) підприємницькі (або господарські); б) соціальні; в) земельні; г) будівельно-комунальні; д) житлові та ін. [183].

Враховуючи положення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. №90-р, а також положення підпункту «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», якими допускається надання публічних послуг аудиторами, нотаріусами, оцінювачами та іншими представниками приватної сфери, М.І. Хавронюк визначає публічні послуги як послуги, що надаються публічним сектором (тобто органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної та комунальної форми власності), а в окремих випадках - приватним сектором під відповідальність публічного сектору (публічної влади) і за рахунок публічних коштів (тобто коштів державного і місцевого бюджетів). Науковець зазначає, що, крім адміністративних, за критеріями їхнього змісту виділяється такі види

публічних послуг, як соціальні, житлово-комунальні, медичні послуги та послуги з оздоровлення й відпочинку, освітні послуги, послуги з протипожежного захисту та рятування, транспортні послуги і послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо. [184, с.76]

Аналіз статті 365⁻² КК України показує, що законодавець виділяє в цій нормі предмет злочину, а саме «неправомірну вигоду для себе чи інших осіб».

Згідно з приміткою до ст. 364⁻¹ КК України під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

При аналізі законопроекту «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні» Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України слушно вказувало на те, що тільки у змінах до КК України це поняття використовується як: самостійне поняття (примітка 1 до ст. 364⁻¹ КК України та ін.); синонім незаконного збагачення (ч. 1 ст. 368⁻¹ КК України); предмет незаконного збагачення (ч. 2, 3 ст. 368⁻¹ КК України); одна з ознак комерційного підкупу (ст. 368⁻²) КК України, вимагання (ст. 368⁻², 368⁻³ КК України), підкупу особи, яка надає публічні послуги (ст. 368⁻³ КК України) та зловживання впливом (ст. 369⁻¹ КК України). До того ж, неясно, чим неправомірна вигода відрізняється від хабара [185].

Суб'єктивне розуміння сприйняте доктриною і судовою практикою зарубіжних країн, зокрема, ФРН, які визнають вигодою будь-який матеріальний або нематеріальний предмет, на який хабароодержувач не має права ні за законом, ні за договором і який поліпшує його економічне, правове або особисте становище. Д.І. Крупко інформує, що у правозастосовній практиці ФРН неправомірною вигодою або хабаром визнавались, зокрема: присудження наукового ступеня; прийняття до престижного клубу; запрошення на полювання; вступ у статевий зв'язок, задоволення інших сексуальних бажань;

публікація карикатури на службову особу в журналі [186] А.Е. Жалінський, посилаючись на роз'яснення Верховного Суду ФРН, предметом неправомірної вигоди чи хабара називає у т.ч. присудження почесного звання, нагородження орденом, безкоштовні поїздки [187].

З огляду на сказане, занадто категоричним є висловлювання М.І. Хавронюка про те, що в інших державах неправомірна вигода завжди носить матеріальний характер [184].

Наведений підхід набуває все більшої актуальності у т.ч. через процеси імплементації у вітчизняне законодавство положень міжнародно-правових документів, присвячених протидії корупції. Так, в одній із рекомендацій GRECO, що містяться в Оціночному звіті по Україні зазначено, що Україна має вжити законодавчих заходів, необхідних для того, щоб положення КК України у частині, яка стосується активного та пасивного хабарництва у публічному секторі, чітко включали в себе будь-яку форму (неправомірної) вигоди (у розумінні Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією), включаючи матеріальну та нематеріальну вигоду незалежно від того, чи мають вони ринкову ціну, яку можливо визначити, та вигоди, які мають низьку ціну. Я.В. Ризак слушно звертає увагу на те, що ст. 21 Конвенції ООН проти корупції в офіційній редакції українською мовою предметом комерційного підкупу називає неправомірну перевагу.

В офіційному ж тексті Конвенції англійською мовою вжито термін «undue advantage», що можна перекласти і як «неправомірна вигода». Таким чином, наш законодавець допускає непослідовність, вживаючи різні терміни для позначення одного і того ж поняття, вносячи непотрібну плутанину, адже згідно з наведеним вище легальним визначенням неправомірної вигоди переваги є лише одним із можливих різновидів неправомірної вигоди. У зв'язку з цим офіційний переклад Конвенції ООН проти корупції необхідно привести у відповідність з оновленим антикорупційним законодавством України [188].

Як стверджують В.Я. Тацій, В.П. Пшонка, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та інші, поняття неправомірної вигоди, яке наведено у примітці до ст. 364⁻¹ КК України, характеризується в законі шляхом вказівки на: 1) перелік цінностей (благ), які є різновидами такої вигоди: грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи; 2) перелік можливих діянь із цими цінностями – їх обіцяють, пропонують, надають або одержують; 3) незаконність таких діянь – їх вчиняють без законних на те підстав; 4) відсутність належної грошової компенсації за зазначені цінності – їх обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову. [171]

Про це свідчать і новітні елементи кримінальної політики України, які, внесли певну плутанину, тем не менш надали можливість піддати науковому пошуку питання характеристик неправомірної вигоди.

На відміну від ст. 368 і ст. 369 КК України, присвячених до недавнього часу традиційному хабарництву (наразі поняття «хабар» замінено поняттям «неправомірна вигода і в цих статтях), законодавець, керуючись ст. 21 Конвенції ООН проти корупції, в якій і пропозиція, і надання, і одержання неправомірної вигоди в організації приватного сектору охоплюються поняттям «підкуп у приватному секторі», вирішив об'єднати в одній статті КК України відповідальність за тісно пов'язані між собою діяння, що полягають у пропозиції, наданні та одержанні неправомірної вигоди

Роблячи висновок, слід зазначити, що об'єктом злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України є встановлений законодавством порядок здійснення професійної діяльності з надання публічних послуг, а також охоронювані законом права і інтереси окремих громадян, юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

Предметом цього злочину є неправомірна вигода.

Враховуючи конституційну значущість питання можливо розглядати цей злочин як двооб'єктний з точки зору превалювання саме загальних об'єктів охорони, передбачених у ст.1 КК України.

Поруч з цим, таке узагальнення не надає можливості з'ясувати класифікацію та положення норми у Особливій частині КК України, що передбачає необхідність залишити сучасний розподіл у силі.

Об'єктивна сторона зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги

У теорії кримінального права об'єктивна сторона злочину визначається як механізм суспільно-небезпечного і протиправного посягання, аналізований з боку зовнішніх форм його розвитку і негативного впливу на соціальні цінності, що охороняються законом.

Об'єктивна сторона конкретного злочину має індивідуальні особливості, пов'язані зі способом, місцем, часом його вчинення, характером наслідків тощо. Без об'єктивної сторони не існує посягання на об'єкт злочину, немає і суб'єктивної сторони як відображення об'єктивних ознак злочину у свідомості суб'єкта і, нарешті, відсутній сам суб'єкт злочину. Тому у диспозиціях кримінально-правових норм фіксується насамперед об'єктивна сторона злочину.

Об'єктивна сторона злочину – це зовнішня сторона злочинного посягання, що відбувається у часі та просторі.

До тих пір, поки людина не приступає до здійснення дій (чи бездіяльності), які складають об'єктивну сторону злочину, а саме не здійснює реально небезпечну дію, яка заборонена законом під загрозою покарання, не проявляє свою поведінку зовні, не виникає питання і про його притягнення до кримінальної відповідальності [190, с.76].

Об'єктивна сторона злочину - це зовнішня сторона суспільно небезпечного посягання, що характеризується діянням, наслідками, причинним зв'язком між ними, досконаліми в певних умовах, місці та часі. Кожний

конкретний злочин має безліч його ознак, які його індивідуалізують, у тому числі і об'єктивних. Об'єктивні ознаки кожного злочину характеризують діяння (дія або бездіяльність), заподіяну діянням шкоди і ті зовнішні умови, в яких розвивається суспільно небезпечне посягання.

Об'єктивна сторона конкретного складу злочину включає в себе строго певні, встановлені законом ознаки, що описують об'єктивну сторону злочину, тобто виступає як поняття про об'єктивну сторону злочину певного виду, і, як всяке поняття, не повно, а лише в основних рисах відображає описувані їм явища.

За визначенням П.С. Матишевського, об'єктивна сторона злочину – це описана законом зовнішня форма поведінки людини (дія або бездіяльність), якщо вона створює небезпеку через заподіяння або загрозу заподіяння шкоди, тобто це зовнішній акт суспільно небезпечного посягання на охоронюваний законом об'єкт, яким при цьому об'єкту заподіюється шкода або створюється загроза її заподіяння. [191] В.М. Кудрявцев визначає об'єктивну сторону як процес суспільно небезпечного і протиправного посягання на охоронювані законом інтереси, який розглядається з його внутрішньої сторони, з точки зору послідовного розвитку тих подій і явищ, які починаються із злочинної дії (бездіяльності) суб'єкта і закінчуються настанням злочинного результату. [192, с. 9] Як зазначає Н.А. Мирошніченко, кожен конкретний злочин має безліч індивідуальних ознак, у тому числі й об'єктивних. Об'єктивні ознаки кожного злочину характеризують діяння (дію чи бездіяльність), завдану шкоду і ті зовнішні умови, в яких розвивається суспільно небезпечне посягання. [193, с. 27]

Об'єктивна сторона кожного складу злочину містить у собі строго визначені, встановлені законом ознаки, які характеризують об'єктивну сторону злочину. У теорії кримінального права питання щодо структурних елементів об'єктивної сторони складу злочину вирішується неоднозначно.

Більшість авторів до об'єктивної сторони складу злочину відносять такі складові елементи: суспільно небезпечне (злочинне) діяння; суспільно небезпечні (шкідливі або злочинні) наслідки, які таке діяння заподіює або створює загрозу заподіяти; причинний зв'язок, який має бути між небезпечним діянням і шкідливими наслідками; факультативні обставини, що характеризують час, місце та спосіб вчинення злочину. М.Й. Коржанський свого часу представив структуру об'єктивної сторони складу злочину як процес вчинення злочину, та кожний з вищеназваних елементів назвав етапом даного процесу. Дія (бездіяльність) у нього є початковим етапом вчинення злочину, але вона належить до об'єктивної сторони не цілком, а лише її зовнішня, виконавча, фізична сторона. Це та сторона дії, яку можна побачити присутнім, зрозуміти і конкретно її визначити – місце, час, обставини та використані при цьому засоби і знаряддя. Причинний зв'язок є об'єктивно існуючим взаємозв'язком речей і явищ у природі. Злочинні наслідки – це ті зміни, до яких призводить злочин і які є суспільно небезпечною шкодою [194, с.190]. При цьому не всі зазначені вище ознаки об'єктивної сторони належать до кожного складу злочину, а тому не всі мають значення для кваліфікації. У теорії кримінального права вищезазначені ознаки поділяють на обов'язкові (основні) та факультативні [149, с 175].

Основні і факультативні ознаки об'єктивної сторони мають значення для встановлення складу злочину і відповідно підстави кримінальної відповідальності; для кваліфікації діяння за відповідними статтями особливої частини КК України; призначення справедливого покарання; для можливості звільнення від кримінальної відповідальності й покарання на підставі закону про кримінальну відповідальність. Пленум Верховного Суду України у своїх постановках часто звертав увагу на розкриття об'єктивної сторони конкретного злочину, наприклад відповідно до п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» №15 від 26.12.2003 р., «обов'язковою ознакою

об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 365 КК України, є заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам і інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб» [195].

Усі ознаки об'єктивної сторони злочину з точки зору їх опису (закріплення) у диспозиціях статей Особливої частини КК України можна поділити на дві групи: обов'язкові (необхідні) та факультативні. До обов'язкових ознак відноситься діяння у формі дії чи бездіяльності. Діяння завжди вказується у диспозиції статті Особливої частини КК України чи впливає з її змісту, і, таким чином, виступає обов'язковою ознакою складу злочину.

Тому встановлення ознак такого діяння є обов'язковим по кожному кримінальному провадженню.

До факультативних ознак об'єктивної сторони складу злочину відносяться: суспільно небезпечні наслідки, причино - наслідковий зв'язок між діянням і суспільно небезпечними наслідками, місце, час, обстановка, спосіб і засоби скоєння злочину [193, с. 28].

Об'єктивна сторона корупційних злочинів характеризується такими ознаками:

зловживання владою або службовим становищем (у тому числі особами, що надають публічні послуги),

перевищення повноважень,

підкуп (як комерційний, так і особи що надає публічні послуги),

та можуть бути вчинені як шляхом дії, так і бездіяльності.

Деякі злочини (статті 365, 366, 368, 369 КК України) вчиняються тільки шляхом активної поведінки — дії. Для багатьох злочинів (за винятком «давання хабара») характерним є наявність безпосереднього зв'язку між вчиненим особою діянням та посадою, яку вона обіймає, чи службовою діяльністю, яку здійснює.

Отже, суспільно небезпечне діяння у цих випадках завжди обумовлене службовим становищем суб'єкта, який вчиняє злочин: а) або шляхом використання службового становища, діючи у межах своїх повноважень; б) або внаслідок виходу за межі прав та повноважень, наданих йому за посадою чи у зв'язку із службовою діяльністю, яку він здійснює; в) або внаслідок невиконання чи неналежного виконання покладених на нього службових обов'язків.

При цьому діяння, що утворює об'єктивну сторону будь-якого корупційного злочину, вчиняється всупереч інтересам служби, тобто є незаконним і таким, що суперечить тим цілям і завданням, заради досягнення яких функціонує апарат управління відповідних організацій, в тому числі і у приватному секторі, і для рішення яких службові особи цього апарату наділяються певними повноваженнями.

У кримінально – правовій літературі традиційно виділяють 3 ознаки, притаманні об'єктивній стороні злочинів у сфері службової діяльності:

1) порушення службовою особою обов'язків, обумовлених займаною посадою; 2) заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам і інтересам держави, фізичних і юридичних осіб; 3) причинний зв'язок між злочинним діянням службової особи та суспільно небезпечними наслідками, що настали.

Водночас, як зазначають О.О. Дудоров та Є.О. Письменський, усталеної позиції щодо загальних ознак злочинів у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, у нашій юридичній літературі поки що не склалося.

Пов'язано це з тим, що розділ XVII Особливої частини КК України відносно нещодавно було викладено в новій редакції, і його положення лише починають ставати предметом наукових досліджень і застосовуватись на практиці [128, с. 403].

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 365⁻² КК України, характеризується: 1) діянням, яке може бути вчинене як шляхом дії, так і бездіяльності і полягає у зловживанні особою своїми повноваженнями, які їй надані в зв'язку зі здійсненням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; 2) наслідками у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб; 3) причинним зв'язком між діянням та наслідками.

Як зазначають науковці, цей злочин може бути вчинений як шляхом дії, так і бездіяльності. Таким чином, за ст. 365⁻² КК України карається злочин із матеріальним складом, який визнається закінченим з моменту настання зазначених наслідків. Відсутність вказаних наслідків може свідчити про незакінчений злочин за умови спрямованості діяння на досягнення цих наслідків або про адміністративний чи дисциплінарний проступок. Зловживання повноваженнями є протиправним використанням особою наданих їй повноважень у зв'язку із здійсненням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Такі діяння можуть бути вчинені лише в межах наданих цій особі повноважень з надання публічних послуг, але всупереч тим цілям та завданням, заради досягнення і вирішення яких вона ними наділяється. Характер, зміст та обсяг повноважень, коло обов'язків, що визначають компетенцію особи, встановлюються, зокрема, законами, постановами, наказами, положеннями, інструкціями, актами індивідуальної дії та договорами. Це, до речі, отримало своє послідовне відображення у дисертації М. Рябенко [28].

Зокрема, судовий експерт відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 13 Закону України від 25 лютого 1994 р. №4038-ХІІ «Про судову експертизу»[196] має право проводити на договірних засадах експертні дослідження з питань, що становлять інтерес для юридичних і фізичних осіб, з урахуванням обмежень,

передбачених законом. Таким чином, його повноваження у вказаному випадку будуть визначатись законодавством та договором.

Нотаріус згідно із Законом України «Про нотаріат» [197] має право витребувати від підприємств, установ і організацій відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій. Проте можна передбачити, що існують такі випадки, коли нотаріус зловживає своїми повноваженнями – наприклад, витребує від певної організації відомості чи документи, які не є необхідними для вчинення нотаріальних дій, а для того, щоб скористатися ними на свою користь. Наприклад, нотаріус може передати ці відомості чи документи іншій особі, від якої за це отримає власну вигоду.

Оцінювачі, відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» [198], мають право доступу до майна, яке оцінюється, документації та іншої інформації, яка є необхідною або має суттєве значення для оцінки. Вони, як і нотаріуси, можуть зловживати повноваженнями, а саме отримати доступ до будь – якої інформації, пов'язаної із об'єктом оцінки, посилаючись на те, що ця інформація необхідна для здійснення оцінки, а потім використати цю інформацію всупереч закону.

Винне діяння – це усвідомлений, вольовий вчинок людини, зовні виражений у формі дії (активного поведження) або бездіяльності (пасивного поведження). Отже, діяння, як перша ознака об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, полягає у зловживанні повноваженнями з наданням публічних послуг.

Зловживання такими повноваженнями є протиправне використання особою її прав та обов'язків у зв'язку із здійсненням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Зловживанням визнається не будь – яке діяння, а лише таке, яке обумовлено:

- наданими особі повноваженнями;
- професійною діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг.

Тому послуги, надання яких є реалізацією виключно професійних умінь та навичок суб'єкта, який ними володіє, наприклад, лікування, навчання, ремонт житла чи техніки, перевезення людей чи вантажів тощо, не повинні вважатися публічними, оскільки вони безпосередньо не породжують наслідків правового характеру.[31]

Особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, має:

- 1) певний соціально – правовий статус, під яким слід розуміти сукупність прав і обов'язків, що утворюють компетенцію винного,
- 2) його соціальне значення, під яким розуміється певний професійний авторитет особи, престиж органу, організації чи установи, в якій вона здійснює свою діяльність,
- 3) наявність професійних зв'язків і можливостей, що виникають завдяки виконуваним функціям, можливість здійснення впливу на інших осіб тощо.

Це відображує інституціональні характеристики криміналізації поведінки особи через значущість її соціального статусу, професійної компетентності та інституційних зв'язків.

Конкретні форми зловживання повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, можуть бути різноманітними і залежать від змісту наданих повноважень та сфери їх використання.

Ще однією характерною ознакою об'єктивної сторони цього злочину є істотна шкода. Істотна шкода може полягати у заподіянні як матеріальної шкоди, так і шкоди нематеріального характеру.

Відповідно до п. 3 примітки до ст. 364 КК України, істотною шкодою у ст. 364, 364⁻¹, 365, 365⁻², 367 КК України вважається шкода, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, які в сто і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Із змісту п. 3 примітки до ст. 364 КК України випливає, що істотна шкода повинна обчислюватися у вказаних розмірах незалежно від форми та виду вини, якими характеризується психічне ставлення винного до суспільно небезпечних наслідків, а також незалежно від того, чи була вона результатом діяння, що призвело до втраченої вигоди чи до прямого зменшення наявних фондів.[189]

Істотність шкоди, якщо вона полягає у заподіянні наслідків нематеріального характеру, є оціночним поняттям, зміст якого встановлюється у кожному конкретному випадку з урахуванням усіх обставин справи та причинним зв'язком з матеріальними збитками. Питання про істотність первісної шкоди нематеріального характеру вирішується органом досудового розслідування, прокурором або судом з урахуванням конкретних обставин справи і в межах своєї компетенції. Зокрема, істотною шкодою може визнатися порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав і свобод людини і громадянина (право на особисту свободу і недоторканість, на недоторканість житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підрив престижу та авторитету органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки і громадського порядку, створення обстановки і умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів [199].

Така істотна шкода, як створення обстановки, що утруднює установі, організації, підприємству здійснення основних функцій, може виражатися у призупиненні виробничих процесів, діяльності окремої ланки чи підприємства, установи, організації в цілому, створення суттєвих перешкод у їх роботі. Істотна шкода у вигляді порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина може полягати у суттєвому їх обмеженні, забороні їх реалізовувати відповідно до закону тощо. Істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні фізичної шкоди, слід визнавати умисні насильницькі дії, які потягли за собою завдання фізичного болю, заподіяння, як правило, легкого чи

середньої тяжкості тілесних ушкоджень або були пов'язані з незаконним позбавленням волі, незаконним введенням в організм особи наркотичних засобів, але тільки у випадках, коли дії винної особи призвели до встановлених законом матеріальних витрат, заважаючи на те, що первісно були пов'язані з спричиненням нематеріальної (фізичної, психіатричної, психологічної шкоди).

При вирішенні питання про те, чи є заподіяна шкода істотною, потрібно також урахувувати кількість потерпілих громадян, розмір моральної шкоди чи упущеної вигоди тощо. У разі заподіяння поряд із матеріальними збитками шкоди нематеріального характеру загальна шкода від злочину не може визнаватись істотною у випадку, коли зазначені збитки не перевищують 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Істотна шкода може виявлятися у таких наслідках, які поєднують у собі як матеріальні збитки, так і шкоду нематеріального характеру, хоча положення діючого законодавства й протирічать вказаному, зводячи характеристики шкоди виключно до наслідків матеріального характеру..

Слід зазначити, що істотна шкода може бути інкримінована винному лише за наявності причинного зв'язку між його діянням (дією чи бездіяльністю) та настанням зазначених наслідків.

Для цього необхідно встановити, що порушення службових обов'язків передувало настанню істотної шкоди, що це порушення було їх необхідною умовою і що службова особа усвідомлювала чи повинна була усвідомлювати розвиток причинного зв'язку, тобто те, що її діяння стане причиною настання зазначених наслідків. [172]

Отже, злочин, передбачений ст. 365⁻² КК України належить до злочинів з матеріальним складом і вважається закінченим з моменту настання суспільно – небезпечних наслідків, які полягають у настанні істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб.

Така шкода може полягати у спричиненні наслідків як матеріального, так і не матеріального характеру, якщо останні можуть отримати грошове визначення.

Діяння, як ознака об'єктивної сторони, зовні виражений у формі дії (активної поведінки) або бездіяльності (пасивної поведінки)

В даному випадку діяння полягає у зловживанні повноваженнями з наданням публічних послуг, тобто протиправному використанні особою її прав та обов'язків у зв'язку із здійсненням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Поруч з цим, питання спричинення шкоди у процесі зловживання правом на надання публічних послуг може бути пов'язане із певними чинниками, що не надають можливості якісного виконання своєї справи.

Так, відомо, що окремі вади зловживання правом мають легітимізований характер, і це може додатково приводити до окремих збитків:

адміністративні органи розпорощені територіально, тож їх відвідування вимагає від приватної особи витрачання значних зусиль та ресурсів;

у більшості органів встановлено обмеження щодо днів та годин прийому громадян, причому далеко не завжди з урахуванням критерію зручності для приватних осіб;

відсутня достатня інформація про порядок отримання послуг;

строки, встановлені для надання деяких послуг, є необґрунтовано тривалими;

наявне суперечливе правове регулювання, особливо локального рівня, та неналежне правове регулювання процедурних питань;

поширене фактичне примушування приватних осіб до отримання супутніх платних послуг (на зразок ксерокопіювання, консультування тощо), сплати «благодійних» внесків, оформлення відносин через «договори».

Головною вадою суб'єктивного характеру є ставлення до приватної особи як до прохача, орієнтація не на сприяння в задоволенні запиту особи, а на

формальне дотримання правил. Такий контекст відкриває значні шляхи для розквіту зловживань у сфері, що досліджується.

2.2. Суб'єктивні ознаки основного складу злочину, передбаченого ст.365-2 КК України

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 365-2 Кримінального кодексу України

Одним із обов'язкових елементів складу злочину, без якого не може настати кримінальна відповідальність, є суб'єкт злочину.

Його умовно можна вважати основним елементом складу злочину – саме суб'єкт вчинює винні, протиправні, суспільно небезпечні діяння, що посягають на об'єкт злочину.

Тому питання про суб'єкт злочину за своєю сутністю є питанням про особу, яка вчинила злочин і підлягає кримінальній відповідальності.

Це прямо впливає з назви IV розділу КК України: «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)» [200].

Крім того, якщо об'єкт, об'єктивна сторона і суб'єктивна сторони злочину існують нетривалий час – тільки в момент здійснення злочину, то суб'єкт здебільшого залишається незмінним (з юридичної точки зору) до моменту розслідування кримінального провадження і розгляду в суді [201, с. 59].

Відповідно до ч.1 ст. 18 КК України суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність.

У цьому визначенні закріплено принцип особистої та винної відповідальності тільки фізичних осіб.[202]

У теорії кримінального права ознаки суб'єкта злочину поділяють на загальні і додаткові (ознаки спеціального суб'єкта злочину).

Законодавчо закріплені змістовні ознаки суб'єкта злочину нероздільні.

Загальними ознаками суб'єкта злочину згідно з чинним законодавством України є такі ознаки:

- суб'єкт злочину є фізичною особою, тобто людиною;
- суб'єкт злочину є осудною особою;
- особа досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність.

Усі ці ознаки є обов'язковими ознаками будь – якого складу злочину, відсутність однієї з яких означає відсутність у діянні особи складу злочину.[194, с.132]

Загальні ознаки суб'єкта злочину властиві всім складам злочину, тому законодавець, як правило, не зазначає ці ознаки в конкретних складах.

Але в деяких нормах передбачені й додаткові ознаки, що характеризують особу, яка вчинила злочин.

Це дає змогу вести мову про спеціальний суб'єкт злочину.

Проте якщо раніше ознаки спеціального суб'єкта досліджувалися, як правило, щодо конкретних складів злочинів, а при спробі сформулювати загальне поняття спеціального суб'єкта виникали дискусії, то тепер дано законодавче закріплення такого суб'єкта. [203 с.207]

Згідно з ч.ч. 2-4 ст. 18 КК України, спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом

державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом. Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів.

Ознаки спеціального суб'єкта доповнюють обов'язкові ознаки загального суб'єкта.

Ці додаткові ознаки можуть прямо зазначатися в диспозиції статті або безпосередньо впливати з тексту норми права.

Для спеціального суб'єкта характерними є не лише додаткові ознаки, а й ознаки загального суб'єкта.

Спеціальні ознаки виписані в окремих статтях Особливої частини КК України і стосуються різних ознак такої особи (громадянство, посадове становище, виконання професійних чи спеціальних функцій тощо).

В деяких випадках, як вважає Є.Л. Стрельцов, варто вести мову про більш диференційовану категорію спеціального суб'єкта злочину – спеціально – конкретного суб'єкта злочину. Спеціальний і спеціально – конкретний суб'єкти злочину співвідносяться як родові і видові поняття. Поєднання законодавчого поняття «спеціальний суб'єкт злочину» і теоретичного – спеціально – конкретний суб'єкт злочину має сприяти більш якісній правовій оцінці

вчиненого суспільно небезпечного діяння і призначенню більш справедливого покарання особі, яка його вчинила.[201]

Інколи ознаки спеціального суб'єкта зазначено в окремій нормі (наприклад, поняття службової особи визначено у примітці до ст. 364 КК України).

Відсутність ознак спеціального суб'єкта, передбачених конкретним складом злочину, виключає кримінальну відповідальність за цей злочин.

В одних випадках така відповідальність не настає взагалі, а в інших – настає за іншими статтями КК України.

У разі вчинення службового злочину у співучасті його виконавцями можуть бути лише службові особи, а організатором, підбурювачем чи посібником – і приватні особи.

Повноваження службової особи визначаються її компетенцією, встановленою у відповідних законах, положеннях, статутах та інших нормативних актах, якими регламентуються права і обов'язки особи, яка обіймає ту чи іншу посаду або тимчасово чи за спеціальними повноваженнями виконує обов'язки на цій посаді.

Тому, згідно із законом, службовим зловживанням може бути визнане лише таке діяння службової особи, яке визначалося її службовим становищем і було пов'язано із здійсненням нею прав і виконання обов'язків, якими ця особа наділена відповідно до обійманої посади.

Найбільш дискусійним питанням щодо визначення спеціальних суб'єктів у кримінальному праві є окреслення ознак особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

До таких осіб слід віднести аудитора, нотаріуса, оцінювача, експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді та інших осіб, які надають публічні послуги.

Першим серед осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, названо аудитора.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України «Про аудиторську діяльність» аудитор - це фізична особа, яка має сертифікат, що визначає її кваліфікаційну придатність на зайняття аудиторською діяльністю на території України [204].

В свою чергу аудиторська діяльність - це підприємницька діяльність, яка включає в себе організаційне і методичне забезпечення аудиту, практичне виконання аудиторських перевірок (аудит) та надання інших аудиторських послуг. Аудит - перевірка даних бухгалтерського обліку і показників фінансової звітності суб'єкта господарювання з метою висловлення незалежної думки аудитора про її достовірність в усіх суттєвих аспектах та відповідність вимогам законів України, положень (стандартів) бухгалтерського обліку або інших правил (внутрішніх положень суб'єктів господарювання) згідно із вимогами користувачів (ст. 3 Закону України «Про аудиторську діяльність»).

Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про нотаріат» нотаріусом може бути громадянин України, який має вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи у сфері права не менше трьох років, пройшов стажування протягом одного року в державній нотаріальній конторі або у приватного нотаріуса, склав кваліфікаційний іспит, одержав свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

Вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють в державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси) (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про нотаріат») [197].

Діяльність нотаріуса (як державного, так і приватного) пов'язана з реалізацією повноважень на вчинення юридично значущих дій, здатних породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, з видачею документів, які надають права або звільняють від обов'язків. На цій підставі окремі автори до ухвалення Закону України від 7 квітня 2011 р. відносили нотаріусів до службових осіб [205]

Інколи нотаріусів пропонувалось також визнавати представниками влади. [206]

Натомість П.П. Андрушко та А.А. Стрижевська зазначали, що нотаріуса (як приватного, так і державного, оскільки відмінність між ними полягає лише в обсязі повноважень і формах оплати вчинюваних ними нотаріальних дій у той час, як правові наслідки їх дій однакові) не слід було визнавати службовою особою з точки зору п. 1 примітки до ст. 364 КК України.[207]

Стверджувалось, що нотаріус (і приватний, і державний) не виконує організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків ні постійно, ні тимчасово, ні за спеціальним повноваженням у тому розумінні, яке викладено в роз'ясненнях Пленуму ВСУ. [208]

Хоч нотаріус і приймає рішення, обов'язкові для виконання фізичними і юридичними особами незалежно від їхньої відомчої належності чи підлеглості, повноваження щодо їх прийняття покладають на нього не правомочний орган або службова особа в установленому законом порядку, а безпосередньо закон. [209] Наведена позиція та її обґрунтування імпонували багатьом вітчизняним дослідникам. [210]

Аналіз чинного законодавства та юридичної літератури дозволяє констатувати наявність специфічного правового статусу нотаріуса, який не дозволяв однозначно вирішити питання про віднесення нотаріусів до службових осіб та був підґрунтям наукових дискусій з цього приводу та неоднозначного застосування кримінального законодавства.

Так, Л. Максимович, свого часу, проаналізувавши наявні в юридичній науці позиції, що стосуються визначення правового статусу нотаріусів, поділив їх на декілька груп:

- 1) державних і приватних нотаріусів пропонувалось визнавати службовими особами;

- 2) державних і приватних нотаріусів пропонувалось не зараховувати до службових осіб;

3) лише державних нотаріусів пропонувалось визнавати службовими особами (правовий статус приватних нотаріусів не було з'ясовано);

4) приватних нотаріусів пропонувалось визнавати службовими особами правовий (статус державних нотаріусів не було з'ясовано);

5) приватних нотаріусів пропонувалось не визнавати службовими особами (правовий статус державних нотаріусів не було з'ясовано);

6) державних і приватних нотаріусів пропонувалось зараховувати до посадових осіб. [211]

На користь того, що нотаріусів, вочевидь, не слід було визнавати службовими особами в кримінально-правовому розумінні цього поняття і можна було притягувати до відповідальності хіба що за ст. 358 КК України, свідчить і та обставина, що на підставі Закону від 7 квітня 2011 р. законодавець не відніс цю категорію осіб до службових, а, враховуючи їх специфічний правовий статус, виділив цих осіб (поряд з деякими іншими) в окрему категорію суб'єктів злочинів - осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Більш того, відповідальність нотаріусів за неякісне надання професійних послуг у більшості юрисдикцій країн Східноєвропейської групи віднесено до самостійного складу злочину.

Ще одним представником осіб, які надають публічні послуги, є оцінювач. Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» оцінка майна, майнових прав - це процес визначення їх вартості на дату оцінки за процедурою, встановленою нормативно-правовими актами з оцінки майна і є результатом практичної діяльності суб'єкта оціночної діяльності. [198]

При цьому оцінювачами можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які склали кваліфікаційний іспит та одержали кваліфікаційне свідоцтво оцінювача відповідно до вимог Закону «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» (ст. 6 цього Закону).

Незалежною оцінкою майна вважається оцінка майна, що проведена суб'єктом оціночної діяльності - суб'єктом господарювання.

Професійна оціночна діяльність - діяльність оцінювачів та суб'єктів оціночної діяльності, визнаних такими відповідно до положень закону, яка полягає в організаційному, методичному та практичному забезпеченні проведення оцінки майна, розгляді та підготовці висновків щодо вартості майна.

Оціночна діяльність може здійснюватися у таких формах:

- практична діяльність з оцінки майна, яка полягає у практичному виконанні оцінки майна та всіх процедур, пов'язаних з нею, відповідно до вимог, встановлених нормативно-правовими актами з оцінки майна;
- консультаційна діяльність, яка полягає в наданні консультацій з оцінки майна суб'єктам оціночної діяльності, замовникам оцінки та (або) іншим особам в усній або письмовій формі;
- рецензування звіту про оцінку майна (акту оцінки майна), яке полягає в їх критичному розгляді та наданні висновків щодо їх повноти, правильності виконання та відповідності застосованих процедур оцінки майна вимогам нормативно-правових актів з оцінки майна, в порядку, встановленому Законом «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» та нормативно-правовими актами з оцінки майна;
- методичне забезпечення оцінки майна, яке полягає в розробленні методичних документів з оцінки майна та наданні роз'яснень щодо їх застосування;
- навчальна діяльність оцінювачів, яка полягає в участі у навчальному процесі з професійної підготовки оцінювачів.

Практична діяльність з оцінки майна може здійснюватися виключно суб'єктами оціночної діяльності, визнаними такими відповідно до статті 5 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 року. Доречи, сьогодні вже

опрацьовується база оцінювачів, які не відповідають певною мірою встановленим вимогам [199].

Особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є також експерт, який дає експертний висновок у кримінальному провадженню, цивільній чи адміністративній справі та по господарському спору.

Експертиза призначається з таких підстав:

1) експертиза проводиться експертом за зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження [135], необхідні спеціальні знання (ч. 1 ст. 242 КПК 2012 р.);

2) для з'ясування обставин, що мають значення для цивільної [214] чи адміністративної [2015] справи і потребують спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо (ч. 1 ст. 81 КАС України, ч. 1 ст. 143 ЦПК України);

3) для роз'яснення питань, що виникають при вирішенні господарського спору і потребують спеціальних знань [216] (ч. 1 ст. 41 ГПК України).

Згідно зі ст. 69 КПК України експертом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями, має право відповідно до Закону України «Про судову експертизу» [216] на проведення експертизи і якій доручено провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення, та дати висновок з питань, які виникають під час кримінального провадження і стосуються сфери її знань.

Проведення експертизи по господарському спору має бути доручено компетентним організаціям чи безпосередньо спеціалістам, які володіють необхідним для цього знанням (ч. 3 ст. 41 ГПК).

Експертом у цивільних та адміністративних справах згідно з ч. 2 ст. 53 ЦПК України та ч. 2 ст. 66 КАС може залучатися особа, яка відповідає вимогам, встановленим Законом України «Про судову експертизу».

Крім того, експерт у цивільних справах має бути внесений до Державного реєстру атестованих судових експертів (ч. 2 ст. 53 ЦПК). Також в Україні може проводитися екологічна експертиза.

Окремо Законом України від 10 лютого 1995 р. «Про наукову і науково-технічну експертизу» регламентується відповідна експертиза, яка в ч. 1 ст. 1 цього Закону визначається як діяльність, метою якої є дослідження, перевірка, аналіз та оцінка науково-технічного рівня об'єктів експертизи і підготовка обґрунтованих висновків для прийняття рішень щодо таких об'єктів.[2017]

Вказану експертизу можуть проводити органи виконавчої влади у межах своєї компетенції, підприємства, установи та організації всіх форм власності, тимчасові творчі колективи, що здійснюють наукову і науково-технічну діяльність, спеціалізовані експертні організації, окремі експерти, групи експертів та експертні ради.

Експертами є фізичні особи, які мають високу кваліфікацію, спеціальні знання і безпосередньо здійснюють наукову чи науково-технічну експертизу та несуть персональну відповідальність за достовірність і повноту аналізу, обґрунтованість рекомендацій відповідно до вимог завдання на проведення експертизи (ст. 4 згаданого Закону).

Стосовно експерта слід зазначити, що окремі науковці визнавали його службовою особою - у певних ситуаціях або завжди.

Так, О.Я. Світлов розглядав судово-медичного експерта як службову особу на тій підставі, що його діяльність тісно пов'язана з відправленням правосуддя. Адже експерт не лікує, а констатує ті чи інші факти, які мають важливе значення для правосуддя (причина смерті, тяжкість тілесного ушкодження тощо). Від його висновків нерідко залежить доля кримінального провадження. [219]

Таку ж позицію займав В.О. Глушков, який визнавав правильною практику засудження судово-медичних експертів, зокрема, за одержання хабаря [220].

Найбільш повно і переконливо у вітчизняній кримінально-правовій літературі обґрунтував положення про неможливість визнання експертів службовими особами В.О. Навроцький.

Його основні аргументи можна звести до наступного.

По-перше, сам по собі зв'язок особи з відправленням правосуддя не може слугувати підставою для визнання особи службовою. Ніхто ж, наприклад, не розцінює як службових осіб свідків, позивачів, відповідачів тощо. Взагалі важливість функцій того чи іншого працівника, його значення у певній сфері суспільного життя не можуть виступати достатньою підставою для визнання цього працівника службовою особою поза зв'язком із законодавчим визначенням поняття службової особи.

По-друге, аналіз законодавства, що регламентує діяльність експертів, свідчить про те, що вони при проведенні експертизи та видачі висновків не здійснюють функцій представників влади та не виконують організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, а реалізують винятково професійні (не управлінські) функції.

По-третє, об'єкт злочинів у сфері службової діяльності внаслідок вчинення експертами протиправних діянь не порушується, оскільки порушення, допущені експертом як носієм спеціальних знань, дискредитують лише його самого, а не ті чи інші організації, в яких експерт може працювати.

По-четверте, у розглядуваному випадку (через зумовлену необов'язковістю висновку експерта відсутність причинного зв'язку між допущеними експертами порушеннями і суспільно небезпечними наслідками) відсутня об'єктивна сторона службового злочину.

По-п'яте, висновок про невизнання експерта службовою особою впливає із зіставлення кримінально-правових норм про відповідальність за хабарництво

і завідомо неправдиві показання та підкуп експерта як злочини проти правосуддя. [221]

В.І. Тютюгін також докладно аргументував висновок про те, що судовий експерт, який бере участь у справі під час провадження дізнання, досудового слідства чи в суді, виконує суто професійні (а не службові) обов'язки, діє як фахівець, а тому не може бути визнаний службовою особою. [222].

Підтримуючи позицію, згідно з якою судові експерти не мають жодних службових повноважень, Б.В. Волженкін водночас відмічав: якщо експерт, який робить експертні оцінки (одноособово чи колегіально), має право діяти від імені державного чи муніципального органу, видавати офіційний документ, який надає права чи звільняє від обов'язків, підтверджує певний юридичний факт і т.п., тобто вчиняти за дорученням цих органів дії, які тягнуть правові наслідки, його слід визнати службовою особою. [223]

Наразі проблема кримінально-правового статусу експерта, як і нотаріуса, більш-менш чітко вирішена у законодавчому порядку, однак, слід підкреслити, як зауважує В.О. Навроцький, у ст. 365⁻² та 368⁻⁴ КК України йдеться не про судових експертів, а про осіб, які здійснюють інші види експертної діяльності (наприклад, встановлюють, чи виконана картина певним художником, причому роблять це за угодою з зацікавленими особами).

Судовий же експерт не надає послуги, а виконує роль учасника процесу [221]

Слід враховувати і те, що керівники експертних служб можуть визнаватися службовими особами за ознакою виконання організаційно-розпорядчих функцій, адже їм підпорядковуються відповідні підрозділи і працівники останніх.

Також експерта експертної служби МВС як звичайного працівника міліції (а не як експерта) можуть залучати до участі в охороні громадського порядку або іншої діяльності, здійснюючи яку, працівник міліції реалізує владні повноваження, і, отже, набуває якості представника влади - службової особи.

З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що експерт не наділений якимось владними чи управлінськими повноваженнями.

Тому він підлягає відповідальності не як службова особа, а за статтею, що передбачає кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок. Експерт, який служить у МВС, може виступати як службова особа лише у випадку, якщо він виконує не свою звичайну роботу, а, наприклад, залучається начальником для участі в охороні громадського порядку. [224]

Ще одним спеціальним суб'єктом, який виконує функції, пов'язані з наданням публічних послуг, є арбітражний керуючий.

Арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) - фізична особа, яка має ліцензію, видану в установленому законодавством порядку, та діє на підставі ухвали господарського суду (п. 16 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»).

У свою чергу розпорядник майна - це фізична особа, на яку у встановленому порядку покладаються повноваження щодо нагляду та контролю за управлінням та розпорядженням майном боржника на період провадження у справі про банкрутство в порядку, встановленому законом. Керуючий санацією - фізична особа, яка відповідно до рішення господарського суду організовує здійснення санації боржника [225].

А ліквідатор - це фізична особа, яка відповідно до рішення господарського суду організовує здійснення ліквідаційної процедури боржника, визнаного банкрутом, та забезпечує задоволення визнаних судом вимог кредиторів у встановленому порядку.

Ліцензія арбітражного керуючого дає особі право бути призначеною розпорядником майна, керуючим санацією або ліквідатором, тобто визначає її правоздатність. Але це право може бути й не реалізоване.

Юридичним фактом, з яким пов'язане виникнення правовідносин між юридичною особою, щодо якої знаходиться у провадженні справа про

банкрутство, і арбітражним керуючим, є ухвала господарського суду про призначення особи, яка має ліцензію арбітражного керуючого, розпорядником майна, керуючим санацією чи ліквідатором. Тобто саме ухвала господарського суду породжує процесуальну правоздатність і дієздатність особи, яка має ліцензію, у конкретній справі.

Слід відзначити, що навколо питання про визнання арбітражного керуючого службовою особою точилася тривала дискусія.

При цьому пануючою в юридичній літературі [226, с. 11] була точка зору, згідно з якою арбітражний керуючий визнавався службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням.

Джерелом спеціального повноваження виступало рішення (ухвала) господарського суду.

Не дивлячись на те, що арбітражний керуючий не обіймає на підприємстві посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і фактично є фізичною особою - підприємцем, діяльність якого підлягає ліцензуванню, виконання зазначених обов'язків покладається на нього рішенням (ухвалою) господарського суду.

У цьому разі господарський суд вважався повноважним органом у розумінні роз'яснення, яке наводилось у п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. №5 «Про судову практику у справах про хабарництво» [227].

Таким чином, немає підстав для твердження про те, що лише Законом від 7 квітня 2011 р. неправомірні діяння арбітражних керуючих були криміналізовані.

Проаналізувавши положення чинного законодавства, Г.Є. Болдарь виокремила низку аргументів, які, на її думку, свідчили на користь того, що арбітражного керуючого не можна було визнавати службовою особою суб'єкта господарської діяльності:

1) арбітражний керуючий має правовий статус фізичної особи - підприємця, діяльність якого підлягає ліцензуванню;

2) він не перебуває з боржником у трудових відносинах за трудовою угодою;

3) він не обіймає постійно або тимчасово посади у суб'єкті господарювання;

4) він є особою, не зацікавленою щодо боржника, на відміну від керівника підприємства, який діє в інтересах боржника.

В той же час авторка навела кілька аргументів на користь того, що арбітражний керуючий є службовою особою у кримінально-правовому розумінні:

1) відповідно до закону на нього покладається широке коло організаційно-розпорядчих та адміністративно - господарських обов'язків;

2) на стадії розпорядження майном (не завжди, а за ухвалою суду), а також санації та ліквідації (завжди) обов'язки керівника підприємства виконує розпорядник майна, керуючий санацією або ліквідатор;

3) на стадії санації та ліквідації він діє від імені боржника;

4) ця особа виконує обов'язки розпорядника майна, керуючого санацією або ліквідатора за спеціальним повноваженням, покладеним ухвалою господарського суду [228]

На користь віднесення арбітражного керуючого до службових осіб вказують деякі вельми суперечливі положення вітчизняного законодавства.

Так, у ч. 1 ст. 4 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (в редакції Закону від 22 грудня 2011р.) зазначено, що арбітражні керуючі є суб'єктами незалежної професійної діяльності. Проте вже в ч. 2 цієї статті говориться, що арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) з моменту винесення ухвали (постанови) про призначення його арбітражним керуючим (розпорядником майна, керуючим санацією, ліквідатором) до моменту

припинення здійснення ним повноважень прирівнюється до службової особи підприємства - боржника.[225]

Врешті-решт законодавець став на позицію невизнання арбітражного керуючого службовою особою та своїм імперативним рішенням відніс арбітражного керуючого до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

На думку П.П. Андрушка, позиція Президента України та Верховної Ради України з питань визначення юридичного статусу арбітражного керуючого є необґрунтованою.

По-перше, діяльність арбітражного керуючого за своїм змістом не є наданням публічних послуг, зокрема, адміністративних.

По-друге, характер діяльності і зміст повноважень арбітражного керуючого, тимчасового адміністратора банку та тимчасового адміністратора фінансової установи є аналогічними, але названі особи будуть визнаватись суб'єктами різних злочинів за вчинення тотожних (аналогічних) дій: дії тимчасового адміністратора банку і тимчасового адміністратора фінансової установи будуть кваліфікуватись за ст.ст. 364⁻¹, 368⁻³ КК України як вчинені службовою особою юридичної особи приватного права, яка виконує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, а дії арбітражного керуючого - за ст.ст. 365⁻² або 368⁻⁴ КК України.

По-третє, арбітражний керуючий за своїм юридичним статусом не є національним арбітром у значенні, в якому цей термін вживається у Додатковому протоколі до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією Ради Європи 2003 р., а, отже, немає підстав стверджувати, що прирівнювання арбітражного керуючого за юридичним статусом до осіб, яких на підставі арбітражної угоди запрошено винести рішення, яке має обов'язкову юридичну силу у спорі, переданому їй сторонами такої угоди (п. 2 ст. 1 Додаткового

протоколу), є імплементацією (впровадженням) стандартів згаданої Конвенції [226].

Аналогічність підстав наділення арбітражного керуючого, тимчасового адміністратора банку і тимчасового адміністратора фінансової установи організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, зміст і обсяг їх повноважень, прав і обов'язків обумовлює, на думку П.П. Андрушка, те, що кримінально-правова оцінка аналогічних дій, учинених ними, повинна бути однаковою.

Вирішення цієї проблеми можливе двома шляхами:

1) доповнення законодавчого переліку осіб, які законодавцем іменуються особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, тимчасовими адміністраторами фінансових установ;

2) виключення арбітражного керуючого з переліку суб'єктів злочинів, склади яких сформульовані у ст.ст. 365-2 і 368-4 КК України.

Більш виваженим і обґрунтованим буде визнання зазначених осіб службовими особами за, ознакою виконання ними організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій [226].

Перспективним видається перший із запропонованих П.П. Андрушко шляхів вирішення зазначеної проблеми.

Адже питання про визнання арбітражного керуючого службовою вирішувалося аж занадто суперечливої науці кримінального права.

Крім того, незаконні діяння тимчасового адміністратора державної фінансової установи слід кваліфікувати не за ст.ст. 364⁻¹, 368⁻³ КК України, а за ст. 364, 365, 368 КК України. Тобто сприйняття другого шляху вирішення проблеми призведе до того, що за фактично подібні злочинні діяння винні особи нестимуть різну кримінальну відповідальність [226]

Ще однією особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є незалежний посередник.

Згідно зі ст. 10 Закону України від 3 березня 1998 р. «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» незалежний посередник - це визначена за спільним вибором сторін (наймані працівники підприємства, установи, організації, профспілки чи інша уповноважена найманими працівниками організація та власник (об'єднання власників) підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи представник) особа, яка сприяє встановленню взаємодії між сторонами, проведенню переговорів, бере участь у виробленні примирною комісією взаємоприйняттого рішення. [227]

Також слід зазначити, що незалежним посередникам, членам примирних комісій та трудових арбітражів на час роботи у примирних органах, утворених відповідно до закону, гарантується збереження місця роботи (посади) і середнього заробітку, а також на них поширюються гарантії, передбачені Кодексом законів про працю України для виборних профспілкових працівників, членів рад (правлінь) підприємств і рад трудових колективів.

Суб'єктом, який здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є також член трудового арбітражу.

Арбітр - це підготовлена Національною службою посередництва і примирення особа, яка в разі залучення її сторонами колективного трудового спору (конфлікту) для участі в роботі трудового арбітражу, набуває статусу члена трудового арбітражу і має право розгляду колективного трудового спору (конфлікту) з метою прийняття рішення по його суті.

Основною метою діяльності арбітра як члена трудового арбітражу є участь в прийнятті рішення щодо колективного трудового спору (конфлікту), яке приймається трудовим арбітражем з урахуванням інтересів сторін колективного трудового спору (конфлікту) [228] (п. 1.2 та п. 1.3 Положення про арбітра, затвердженого наказом Національної служби посередництва і примирення від 18 листопада 2008 р. №132).

Однією серед осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, КК України називає третейського суддю.

Третейський суд - це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та (або) юридичних осіб у порядку, встановленому законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин.

Згідно з ч. 1 ст. 2 Закону України 11 травня 2004 р. «Про третейські суди», третейський суддя - це фізична особа призначена чи обрана сторонами у погодженому сторонами порядку або призначена чи обрана відповідно до для вирішення спорів у третейському суді. [232]

Слова «під час виконання ними цих функцій» у диспозиції ст. 365-2 КК України віднесені лише до третейських суддів і не стосуються усіх осіб, які надають публічні послуги, а також не означають, що третейські судді стають суб'єктами відповідальності за цей злочин лише тоді, коли вони перебувають у засіданні; виконання третейськими суддями своїх функцій триває протягом дії контракту між ними та сторонами у справі.

На думку М.І. Мельника та М.І. Хавронюка, крім осіб, прямо перелічених у ст. 365⁻² КК України особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є особи, яких характеризує сукупність таких ознак:

1) вони працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного чи місцевих бюджетів і

2) за рахунок коштів державного бюджету чи місцевих бюджетів професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг.

Ними можуть бути, зокрема:

- працівники підприємств, установ та організацій, що надають адміністративні послуги. Адміністративні послуги - це платні або безоплатні послуги, які є результатом здійснення суб'єктом владних повноважень щодо

прийняття згідно з нормативно-правовими актами на звернення фізичної або юридичної особи адміністративного акту, спрямованого на реалізацію та захист її прав і законних інтересів та/або на виконання особою визначених законом обов'язків (отримання дозволу (ліцензії), сертифіката, свідчення та інших документів, реєстрація тощо). Органи виконавчої влади можуть делегувати повноваження з надання адміністративних послуг бюджетним установам, у т. ч. суб'єктам господарювання державної форми власності. Переліки платних адміністративних послуг, які надають міністерства, інші органи державної виконавчої влади, затверджує Кабінет Міністрів України;

- соціальні працівники, у т. ч. працівники реабілітаційних установ і закладів соціального захисту для бездомних осіб і безпритульних дітей;
- працівники житлово-комунальних організацій;
- працівники державних та комунальних закладів освіти, охорони здоров'я, культури, фізичної культури і спорту;
- працівники державних та комунальних підприємств залізничного, повітряного, автомобільного, водного транспорту, міського електротранспорту;
- журналісти державних та комунальних засобів масової інформації;
- адвокати - у разі надання ними безоплатної правової допомоги з оплатою їхніх послуг за рахунок державного чи місцевого бюджету [172]

На нашу думку, не слід так широко тлумачити перелік осіб, які надають публічні послуги, доки це не буде прямо закріплено у ст. 365⁻² КК України, адже це створить ще більше проблем. Не всі науковці погоджуються із віднесенням цих суб'єктів до осіб, які надають публічні послуги.

Цікавою є думка О.В. Шемякіна, який вважає, що відповідальність за ст. 365⁻² КК України можуть нести і так звані само зайняті особи, якщо вони надають публічні послуги, а не здійснюють виключно свою професійну діяльність.

Згідно зі ст. 14.1.226 Податкового кодексу України самозайнята особа – це платник податку, який є фізичною особою – підприємцем або здійснює

незалежну професійну діяльність за умови, що така особа не є працівником юридичної особи у межах такої підприємницької чи незалежної професійної діяльності [233]

При цьому незалежна професійна діяльність – це:

а) участь фізичної особи у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності;

б) діяльність лікарів, приватних нотаріусів, адвокатів, аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів;

в) діяльність особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю, - за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою – підприємцем та використовує найману працю не більш як чотири фізичних осіб.

Отже, «інші особи» як суб'єкти цього злочину характеризуються сукупністю наступних ознак: вони хоча і працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного, місцевих бюджетів або за рахунок приватних коштів, але не є державними службовцями або посадовими особами і професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг.

Такими особами можуть бути, зокрема: працівники підприємств, установ та організацій, що надають адміністративні послуги; соціальні працівники, у т. ч. працівники реабілітаційних установ і закладів соціального захисту для бездомних осіб і безпритульних дітей; працівники житлово-комунальних організацій; працівники державних та комунальних закладів освіти, охорони здоров'я, культури, фізичної культури і спорту; працівники державних та комунальних підприємств залізничного, повітряного, автомобільного, водного транспорту, міського електротранспорту; журналісти та інші працівники державних і комунальних засобів масової інформації [31].

На цих осіб поширюються заборони щодо одержання подарунків (пожертв), обов'язок уживати заходів щодо недопущення конфлікту інтересів та інші обмеження. Вони мають нести відповідальність за одержання дарунків, пожертв та інших видів неправомірної вигоди, а пересічні громадяни, взаємно, за пропозицію, надання і передачу їм такої вигоди.

Також, на думку О.В. Шемякіна, за ст. 365⁻² КК України доцільно притягувати до відповідальності осіб медичного персоналу, які репрезентує медичну установу сфери приватного права, але у випадку надання публічних, а не лікувальних послуг, наприклад, при видачі довідки про стан здоров'я, при вирішенні питання щодо госпіталізації чи протезування на пільгових умовах тощо.

Зазначена стаття 365⁻² КК України має розповсюджуватись на вчителів та викладачів навчальних закладів приватної форми власності, але, знову ж таки, у випадку надання ними публічних, а не виключно освітянських послуг, наприклад при оформленні відповідних документів, при оцінюванні рівня знань під час іспитів тощо. Застосовувати у зазначених вище випадках ст. 364⁻¹ КК України недоцільно, оскільки її санкція є більш м'якою в порівнянні з санкцією ст. 365⁻² КК України [31].

Вважаємо, не слід так розширювати суб'єктний склад осіб, які надають публічні послуги, адже таким чином можна буде притягнути до кримінальної відповідальності за ст. 365⁻² КК України майже будь-яку особу.

Аналізуючи попередні зміни до законодавства, присвяченого протидії корупції, В.І. Тютюгін наголошував на тому, що при характеристиці такої нової категорії спеціальних суб'єктів, як особи, котрі здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у КК України встановлюється відповідальність за злочини, вчинювані в зв'язку з наданням такого роду послуг, легальне визначення яких в законодавстві відсутнє. Не прояснювало це питання і звернення до тексту антикорупційних законів, оскільки в них, як і в КК України, законодавець не розкривав зміст цього

поняття, а лише наводив приблизний (відкритий) перелік осіб, які нібито надають такі послуги[234]

Можна зробити висновок, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України – спеціальний. До осіб, які надають публічні послуги, згідно із нормою вищевказаної статті відносять аудитора, нотаріуса, оцінювача, експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді та інших осіб, які надають публічні послуги та ін.

Суб'єктивна сторона зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги

Суб'єктивна сторона складу злочину являє собою психологічний зміст злочину, нерозривно пов'язана з іншими елементами складу злочину та охоплює всю психічну діяльність суб'єкта під час вчинення злочину.

У юридичній літературі існує багато наукових визначень поняття суб'єктивної сторони.

Зокрема, М.І. Бажанов, В.В. Сташис і В.Я. Тацій визначають суб'єктивну сторону складу злочину як внутрішню, тобто психічну діяльність особи, що відображує ставлення її свідомості й волі до суспільно небезпечного діяння, яке нею вчиняється, і до його наслідків.[201]

На думку П.С. Матишевського, суб'єктивна сторона складу злочину – це процес мислення, бажання і волі людини, в якому відображаються її об'єктивна поведінка та інші зовнішні обставини, пов'язані із вчиненням злочину.[235]

М.Й. Коржанський визначає також суб'єктивну сторону злочину як внутрішній бік злочину, це ті психічні процеси, які відбуваються у свідомості суб'єкта, які характеризують його волю. Але суб'єктивна сторона злочину, як вважає науковець – це не взагалі будь – які процеси психіки, а лише ті з них, в яких виявляється воля суб'єкта до злочинного діяння та його наслідків [194].

Отже, суб'єктивна сторона злочину відображає процеси, які відбуваються у свідомості особи у зв'язку з вчиненням нею злочину і свідчать про

спрямування її волі та про її ставлення до суспільно небезпечного діяння та його наслідків.[235]

Встановлення суб'єктивної сторони є завершальним етапом процесу констатації складу злочину. Повне і всебічне встановлення ознак, що характеризують суб'єктивну сторону складу злочину, є необхідною умовою правильної кваліфікації злочину, визначає ступінь суспільної небезпеки діяння і особи, яка його вчинила, впливає на застосування покарання. [236]

Зміст суб'єктивної сторони складу злочину характеризують певні юридичні ознаки.

Такими ознаками є вина, мотив та мета скоєння злочину.

Вони тісно пов'язані між собою, однак їх зміст і значення в кожному випадку вчинення злочину неоднакові.

Вина особи є основною, обов'язковою ознакою будь – якого складу злочину. Вона визначає саму наявність суб'єктивної сторони складу злочину і в значній мірі її зміст. Відсутність вини виключає суб'єктивну сторону і тим самим склад злочину. [193]

Суб'єктивна сторона злочину – чи не найскладніший для дослідження та кримінально – правового аналізу склад злочину. При цьому її значення важко переоцінити. [237]

У ст. 62 Конституції України встановлено: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» [238].

Вина є основною і обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони будь – якого злочину. Її відсутність завжди означає відсутність у діях особи складу злочину. З урахуванням положень ст. 11 КК України кримінально – правове поняття «вина» охоплюється кримінально – правовою категорією «склад злочину».

Заподіяння шкоди без вини, коли особа, завдаючи своїми діями суспільно небезпечні наслідки, не передбачає і за обставинами справи не може передбачити настання таких наслідків, називається казусом.

Слід зазначити, що саме вина, мотив і мета вчинення злочину виступають певними юридичними ознаками, що становлять зміст суб'єктивної сторони складу злочину. Вони тісно пов'язані між собою, проте їх зміст і значення у кожному випадку вчинення злочину є різними.

Проте М. Полянський вважає, що в кримінальному праві і кримінальному процесі має бути встановлено єдине поняття вини. [239]

У кримінальному законодавстві України поняття вини вперше дано у Кримінальному кодексі 2001 року.

Відповідно до ст. 23 КК України, виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої Кримінальним кодексом та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності.

Умисел є найбільш розповсюдженою та особливо небезпечною формою вини. Найбільша суспільна небезпека його полягає у тому, що умисне діяння, свідомо спрямоване на спричинення шкоди суспільству, складає більшу вірогідність фактичного спричинення такої шкоди, ніж не умисне діяння. Вмисно скоєне суспільно-небезпечне діяння тягне за собою більш сувору міру покарання, та серйозні правові наслідки.

У науці кримінального права умисел прийнято поділяти на прямий (*dolus directis*) та непрямий (*dolus eventualis*). Таке положення закріплено і у ст. 24 чинного Кримінального кодексу України.

Прямий умисел - це такий вид умислу, при якому особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала суспільну небезпечність своєї дії або бездіяльності, передбачала його небезпечні наслідки та бажала їх настання. Інтелектуальний момент прямого умислу полягає в усвідомленні особою суспільне небезпечного характеру свого діяння та передбаченні його суспільне небезпечних наслідків [240].

Усвідомлення означає не лише розуміння фактичних обставин вчиненого діяння, які стосуються об'єкта, предмета, об'єктивної сторони складу конкретного злочину, а й певне розуміння його суспільної небезпеки.

Здебільшого наявність усвідомлення винним суспільної небезпеки свого діяння є очевидною, про що свідчать фактичні обставини справи. Якщо особа не усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій чи бездіяльності, це може свідчити про її неосудність або про відсутність умислу при вчиненні злочину.

Передбачення - це розумове уявлення особи про результати своєї дії (бездіяльності). При вчиненні злочину винний усвідомлює зміст конкретних наслідків його діяння, їх суспільне небезпечний характер (шкоду, яка буде заподіяна об'єктам посягання), а також неминучість або можливість настання таких наслідків. Отже, передбаченням винного охоплюється в загальних рисах і причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Вольовий момент прямого умислу характеризується бажанням настання суспільно небезпечних наслідків. Під бажанням розуміють прагнення досягти конкретного результату, що передбачає свідому і цілеспрямовану діяльність особи. Бажання - це воля, спрямована на досягнення чітко визначеної мети [241].

Згідно зі ст. 24 Кримінального кодексу України, непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо допускала їх настання. Інтелектуальний момент непрямого умислу полягає в усвідомленні особою суспільно небезпечного характеру свого діяння та передбаченні його суспільно небезпечних наслідків. Непрямий умисел повністю збігається з прямим умислом за такою ознакою інтелектуального моменту, як усвідомлення. Однак інша ознака - передбачення суспільно небезпечних наслідків - значно відрізняється від подібної ознаки прямого умислу. Відповідно до закону при прямому умислі винний передбачає

наслідки як можливий або неминучий результат свого суспільно небезпечного діяння, а при непрямому умислі він передбачає лише можливість настання таких наслідків.

Основна відмінність прямого і непрямого умислу полягає у їх вольовому моменті. Якщо при прямому умислі він характеризується бажанням настання суспільно небезпечних наслідків, то при непрямому - свідомим припущенням їх настання. В останньому випадку воля особи посідає не активну, а пасивну щодо наслідків позицію, оскільки наслідки є побічним результатом злочинної дії (бездіяльності) винного.

Усвідомлення винним протиправності і караності вчиненого ним діяння не є обов'язковою ознакою умислу: незнання закону не звільняє особу від кримінальної відповідальності. Значення поділу умислу на прямий та непрямий має значення, перш все, для кваліфікації злочинного діяння, для індивідуалізації покарання, а також для відмежування замаху на злочин від закінченого злочину [242].

Відповідно до ст. 25 КК України злочин вважається вчинений з необережності, коли особа, яка його вчинила, передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності, але легковажно розраховувала на їх відвернення або не передбачала можливості настання таких наслідків, хоч повинна була і могла їх передбачити. [243] Згідно з нормами, закріпленими у КК України, існують 2 види необережності – злочинна самовпевненість та злочинна недбалість. Необережність є злочинною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення. Необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити.

Повна характеристика суб'єктивної сторони багатьох злочинів можлива лише при встановленні мотиву та мети скоєння суспільно небезпечного діяння.

На відміну від вини мотив та мета – факультативні ознаки суб'єктивної сторони складу злочину. Вони мають значення необхідних ознак лише у випадку, коли названі в диспозиції статті КК України у якості обов'язкових ознак конкретного злочину. [245]

Важливими елементами суб'єктивної сторони складу злочину є мотив і мотивація злочину. За своєю природою та походженням мотив і мотивація не належать до суто юридичних категорій, вони є насамперед, категоріями психологічної науки. І тому психологічний підхід до розуміння мотиву і мотивації злочину є первинним, визначальним, вирішальним; юридичний же підхід є вторинним. Тому аналіз мотиву і мотивації злочину має виходити з їх психолого – юридичного змісту. [246]

Практичне значення мотиву злочину та його ролі в оцінці суспільно небезпечного діяння, залежить, насамперед, від вимог, що ставляться кримінально – правовою політикою держави, які знаходять своє втілення в законі; від принципів, завдань і цілей покарання; від того наскільки закон відповідає нормам суспільної моралі та поширеним серед громадськості ідеям, думкам, поглядам та інтересам. [246]

Не можна не погодитись із С.А. Тарарухіним, який зазначає, що мотив – це внутрішня (психологічна) причина злочину. Дійсні причини вчинення злочину передують формуванню мотиву, тому їх неможливо зводити до обставин безпосередньої мотивації злочину. Тому мотив – це усвідомлене спонукання (прагнення) до здійснення конкретного цілеспрямованого вчинку (вольового акту), який становить суспільну небезпеку і передбачається кримінальним законом як злочин. [247]

Мета злочину – це бажання особи, яка вчиняє суспільно небезпечне діяння, досягти певних шкідливих наслідків. У теорії кримінального права мета є факультативною ознакою суб'єктивної сторони складу злочину. Особливість мети як ознаки складу злочину в тому, що такі злочини, які вчиняються з певною метою, вчиняються лише з прямим умислом.

Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 365² КК України, характеризується умисним ставленням суб'єкта до вчинюваного ним діяння.

Ставлення до суспільно небезпечних наслідків може бути як умисне, так і необережне. В цілому цей злочин визнається умисним. Отже, особа, яка надає публічні послуги, коли здійснює зловживання своїми повноваженнями, завжди усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає його суспільно небезпечні наслідки і бажає або не бажає, проте свідомо допускає їх настання.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є мета отримання неправомірної вигоди для себе чи для інших осіб, яка завжди поєднується з корисливим мотивом. Така вигода може полягати в отриманні грошей або іншого майна, ремонті квартир, транспортних засобів, наданні професійних консультацій. Зміст поняття «неправомірна вигода» визначають три обов'язкові ознаки, відповідно до яких неправомірною вигодою:

1) можуть бути лише такі предмети, як грошові кошти; інше майно; переваги; пільги; послуги; нематеріальні активи;

2) ці предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав;

3) перелічені предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

Неправомірну вигоду вітчизняний законодавець визначає як грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

Мотив цього злочину є корисливий, адже метою є отримання неправомірної вигоди.

Отже, суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 365² КК України характеризується умисною формою вини, при цьому ставлення особи до діяння виявляється у прямому умислі, а до наслідків може бути як умисним, так і

необережним. До обов'язкових ознак суб'єктивної сторони входять: корисливий мотив та спеціальна мета – отримання неправомірної вигоди для себе чи для інших осіб.

Отже особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, має певний соціально-правовий статус, під яким слід розуміти сукупність прав і обов'язків, що утворюють компетенцію винного, а також його соціальну роль, яка відображує значущість послуг, що надаються. Враховуючи принцип правової визначеності, заслуговує на підтримку точка зору (П.П. Андрушко) щодо необхідності нормативного формулювання кола осіб, які професійно надають публічні послуги. Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 365-2 КК України, характеризується умисним ставленням суб'єкта до вчинюваного ним діяння. Ставлення до суспільно-небезпечних наслідків може бути як умисне, так і необережне. Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є мета отримання неправомірної вигоди для себе чи для інших осіб, яка завжди поєднується з корисливим мотивом.

РОЗДІЛ 3

ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ: ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ПРОТИДІЇ

3.1. Кримінально-правові наслідки та проблеми ефективності протидії злочинам, передбаченим ст. 365-2 КК України

Рейдерські захоплення, переділ власності, шахрайство з фінансовими ресурсами, трансгранична злочинність та злочинність у сфері нерухомості пов'язані зі зловживанням правом при користуванні публічними послугами. Але практика застосування норми, закріпленої в ст. 365⁻² КК України, практично відсутня. Це пов'язане не тільки з недоліками правоохоронної діяльності, але й з вадами нормативних та нарративних характеристик складів злочинів, що вивчаються. Склад злочину повинен бути зрозумілим та сприйнятним (інтеріоризований його реципієнтами). Як правильно зазначила О.Ю. Бусол: «Аналіз розвитку антикорупційного законодавства в сучасний період свідчить про його неефективність, що дає підстави для висунення гіпотези про недостатність врахування проблеми формування рівня правової культури та правосвідомості громадян при розробці державної антикорупційної політики». [248, с.5; 249]

Вважаємо, що редакція складів, закріплених у частині другій ст. 365⁻² КК України (те саме діяння, вчинене стосовно неповнолітньої чи недієздатної особи, особи похилого віку або повторно), не відповідає принципу рівності, оскільки кваліфікований склад зі спеціальними потерпілими не передбачено у загальній нормі – ст. 364 КК України. Аналогічним чином відокремлення повторності з точки зору принципів структурної залежності та неколизійності ефективної правової норми не відповідає правилам визначеності, ясності і недвозначності складу злочину та суперечить у такому вигляді практиці застосування ст.7 Європейської конвенції з прав людини [250-252].

Потребує приведення у відповідність з чинним законодавством санкція частини першої ст.365⁻² КК України, оскільки, встановлюючи покарання у вигляді позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю, законодавець вийшов за межі норм Загальної частини КК України, встановивши термін покарання до 10 років при передбаченому максимумі у 3 роки.

Окреме питання виникає щодо проблеми адекватності покарання, передбаченого частиною третьою ст.365⁻² КК України, оскільки його суворість не відповідає санкції загальної норми, яка закріплена у частині другій ст.364 КК України, та потребує узгодження із санкцією загальної норми. У такому контексті вона не сприймається у якості адекватної заборони, а незастосування норми зводить нанівець її профілактичний ефект [253].

Розглянемо ці питання більш докладно.

Згідно діючому законодавству, кваліфікуючими ознаками цього злочину (ч.2 ст. ст.365⁻² КК України) є вчинення його:

- 1) стосовно неповнолітньої особи;
- 2) стосовно недієздатної особи;
- 3) стосовно особи похилого віку або
- 4) повторно.

Неповнолітніми вважаються особи, які не досягли 18-річного віку (згідно із ст. 32 ЦКУ, ст. 6 СКУ) Враховуючи біологічні, психологічні та соціальні особливості неповнолітніх, закон забезпечує їх посилену кримінально-правову охорону. Поруч з цим, незрозуміло, чому, законодавець, встановлюючи вслід за росіянами відповідальність за зловживання при наданні професійних публічних послуг неповнолітнім, не відокремлює малолітніх осіб. Те ж зауваження стосується, наприклад, жінок, хоча деякі у цьому побачили б порушення гендерної рівності. Посилання на те, що криміналізація цієї та інших ознак спеціальних потерпілих у ч.2 ст.365⁻² КК України пов'язана з їхньою уразливістю та необхідністю додаткового захисту також не утримує критики,

оскільки не відповідає статистичному розподілу основних потерпілих від цього злочину (молоді чоловіки віком до 30 років).

Недієздатна особа, відповідно до ст. 39 ЦКУ – це особа, яка внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, і визнана такою рішенням суду, яке набрало законної сили [254]. Порядок визнання фізичної особи недієздатною встановлюється Цивільним процесуальним кодексом України і здійснюється в порядку цивільно – процесуального провадження.

Під особами похилого віку слід вважати осіб пенсійного віку, а також тих, яким до досягнення загального пенсійного віку залишилося не більше півтора року (ст. 10 Закону «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні») [255]. Беручи до уваги положення ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 р., особами похилого віку, якщо це чоловіки, визнаються особи, які досягають 60 років, а також особи, яким до досягнення цього віку залишилося не більш як півтора року. Визнання жінок особами похилого віку здійснюється залежно від двох показників:

а) досягнення ними певного віку;

б) встановлення певної, передбаченої у законі, дати їх народження, залежно від якої визначається точний вік, з якого така людина вважається особою похилого віку. Крім того, до жінок похилого віку належать також особи, яким до досягнення встановленого віку залишилося не більш як півтора року [256].

У зв'язку з цим вказану кваліфікуючу ознаку можна інкримінувати особі лише за умови, якщо вона усвідомлює, що зловживає своїми повноваженнями щодо чоловіка, який досяг 58 років 6 місяців, або щодо жінки, відносно якої суб'єкт злочину повинен не тільки усвідомлювати певний її вік, а й дату її народження. Проте, якщо особа усвідомлює, що жінка вже досягла 58 років 6 місяців, необхідність усвідомлення дати її народження відпадає.

Ознака повторності встановлюється відповідно до положень ст. 32 КК України з урахуванням роз'яснень, наведених у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» [257].

Так, якщо особа, що надає публічні послуги, вчинила два зловживання повноваженнями, ознаки яких охоплюються ч. 1 ст.ст. 365⁻² КК України, і за вчинення попереднього її не було засуджено, кожен із злочинів, які утворюють повторність, має бути предметом самостійної кримінально-правової оцінки. Це означає, що перший злочин, який входить до повторності, потрібно кваліфікувати за ч. 1 ст. 365⁻² КК України, а другий - за ч. 2 ст. 365⁻² КК України з урахуванням повторності як кваліфікуючої ознаки цього злочину. Якщо ж кожен зі злочинів, що утворюють повторність, спричинив тяжкі наслідки, то їх кваліфікація здійснюється лише за ч. 3 ст. 365⁻² КК України.

Треба наголосити, що до відповідальності за ч. 2 ст. 365⁻² КК України особа може бути притягнута лише за умови, якщо вона усвідомлювала в момент вчинення злочину наявність хоча б однієї із зазначених у цій частині статті кваліфікуючих ознак.

Зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, при помилковому уявленні про присутність таких кваліфікуючих ознак, тоді як насправді вони були відсутні, повинно кваліфікуватись як замах на вчинення даного злочину.

Поруч з цим, вважаємо, що редакція складів ч.2 ст. ст. 365⁻² КК України «Те саме діяння, вчинене стосовно неповнолітньої чи недієздатної особи, особи похилого віку або повторно» не відповідає принципу рівності, оскільки такий кваліфікований склад зі спеціальними потерпілими не передбачено у загальній нормі – ст.364 КК України. Аналогічним чином відокремлення повторності з точки зору принципів структурної залежності та неколизійності ефективної правової норми [257] не відповідає правилам визначеності, ясності і

недвозначності правової норми та протирічить у такому вигляді практиці застосування ст.7 Європейської конвенції з прав людини. Як слушно зазначила Н. Савінова: «Вітчизняне законодавство, повністю змінивши ідеологію, підходи до врегулювання права власності, правового забезпечення підприємництва та інвестицій, у багатьох випадках приймалося ситуативно, заповнюючи дефіцит правового регулювання суспільних відносин, які гостро потребували на регламентацію зараз, сьогодні, а нерідко — вчора. Питання гармонізації, уніфікації і адаптації нових актів законодавства нерідко лишалися «поза кадром», а з часом або ліквідувалися, або так і лишалися неврегульованими. Крім того, прийняття необхідних з точки зору нормотворця актів законодавства лишало поза увагою парламенту і суспільства низку на перший погляд менш значних питань. Водночас, коли потреба у правовому регулюванні останніх виходила на передній план, правовий вакуум щодо їхньої регламентації оперативно заповнювався, буквально «залатувався», створюючи у системі законодавства новоутворення, які не відповідали повною мірою побудованій раніше системі. [257, с.2]

Аналогічні питання виникають при тлумаченні таких неоднозначно **сприймаємих** кваліфікованих ознак злочину, як «тяжкі наслідки». Фахівці застерігають щодо необхідності послідовного розвитку правил тлумачення та формування кримінально-правового тезаурусу [258].

Частина третя ст. 365⁻² КК України передбачає відповідальність за дії, передбачені ч. 1 або 2 цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки. Тяжкі наслідки можуть полягати в заподіянні як матеріальних збитків, так і не матеріальної шкоди. Тяжкими вважаються наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподаткований мінімум доходів громадян.

Тяжкими наслідками потрібно також визнавати і доведення особи до самогубства, припинення діяльності юридичної особи, її банкрутства, створення аварійної ситуації тощо. За цією ж частиною статті треба кваліфікувати й зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні

послуги, яке не тільки спричинило тяжкі наслідки, а й має одну чи декілька кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 365⁻² КК України. Додаткового посилення при цьому ще й на ч. 2 ст. 365⁻² КК України робити не потрібно. Як істотна шкода так і тяжкі наслідки повинні перебувати у необхідному причинному зв'язку із вчиненням особою діянням. Окреме питання виникає щодо проблеми адекватності покарання, передбаченого ч. 3. ст. 365⁻² КК України, оскільки його суворість не відповідає санкції загальної норми, яка передбачена ч.2.ст.364 КК України та потребує узгодження. Це вимагає більш предметного екскурсу у характеристики покарання та інших заходів кримінально-правового впливу, які застосовуються за вчинення 365⁻² КК України.

Зазвичай, покарання як інститут кримінального права визначається як засіб впливу на того, хто вчинив якийсь злочин. Визначенню покарання приділяли увагу багато науковців. Так, свого часу М.Д. Шаргородський розумів покарання як позбавлення злочинця яких-небудь благ, що належать йому, та вираження негативної оцінки злочинця та його діяння. Покарання заподіює страждання тій особі, до якої воно застосовується. Саме ця властивість є необхідною ознакою покарання, робить його карою [259]

Покарання за кримінальним правом України - це особлива форма державного примусу, яка застосовується згідно з вироком суду до особи, яка винна в скоєнні злочину, з метою його виправлення і запобігання новим злочинам зі сторони як засудженого, так і інших осіб і вираження від імені держави негативної морально-політичної оцінки винного і скоєного ним злочину.

Згідно із ст. 12 Кримінального кодексу України залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на: невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

Аналізуючи ст. 365⁻² КК України, можна дійти висновку, що згідно з класифікацією, наведеною у ст. 12 КК України, злочин, передбачений ч.1 ст.

365⁻² КК України – злочин невеликої тяжкості, адже у санкції передбачене покарання у вигляді обмеження волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років; злочин, передбачений ч.2. ст. 365⁻² КК України відноситься до злочинів середньої тяжкості, адже санкція передбачає обмеження волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років; за злочин, передбачений у ч.3 ст. 365⁻² КК України, передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна або без такої, це тяжкий злочин.

Таким чином, за зловживання своїми повноваженнями аудитором, нотаріусом, оцінювачем, іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, найменш суровий вид додаткового покарання, який може бути призначений особі, це позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю. Проте в спосіб встановлення розміру цього покарання до 10 років, слід зазначити, що воно не відповідає принципу законності, встановленому ст.7 Європейської конвенції з захисту основних прав громадян та фундаментальних свобод та повинно бути приведено у відповідність з положеннями ст.55 КК України.

Суд повинний призначати лише такий вид покарання, що передбачений у санкції кримінально-правової норми (при альтернативній санкції, у якій зазначено два або більше основні види покарання, суд праві призначити тільки одне з них, призначення більш-менш суворого покарання із числа передбачених альтернативною санкцією повинне мати належне обґрунтування у вироку суду).

Слід відмітити також той факт, що специфіка суб'єкта злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, обумовила передбачення такого виду покарання як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за метою недопущення вчинення такою особою цього злочину повторно з використанням свого службового або професійного становища.

Окрім власне покарання, яке може бути призначене та яке буде відбувати особа, визнана винною у вчиненні злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, для неї можуть наставати й інші кримінально-правові наслідки у випадку вчинення вказаних злочинів.

Отже, при призначенні особі покарання за аналізованою статтею, суд має належним чином обґрунтувати, чому неможливо застосувати до винного більш м'яке покарання – штраф (наприклад, наявність обставин, які обтяжують покарання, заподіяна значна шкода) за умов застосування ст.69 КК України.

Враховуючи те, що законодавцем у примітці до ст.44 ст.365-2 віднесено до корупційних злочинів, за наявності умов та підстав, передбачених ст.ст. 45-49 КК України особа не може бути звільнена від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, звільненням з передачею особи на поруки колективу підприємства, установи чи організації, у зв'язку із зміною обстановки.

У ст. 49 КК України передбачено звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Отже, особу, яка вчинила злочин, передбачений ст. 365⁻² КК України можна звільнити від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності згідно із п.1 ч.1 ст. 49 (за злочин, передбачений ч. 1 ст. 365⁻² КК України); згідно із п.3

ч.1 ст. 49 (за злочин, передбачений ч. 2 ст. 365⁻² КК України); згідно із п.4 ч.1 ст. 49 (за злочин, передбачений ч. 3 ст. 365⁻² КК України).

До того ж, особа, винна у вчиненні злочину, передбаченого ч.1 ст. 365⁻² КК України, не може бути звільнена від кримінальної відповідальності за ст. 48 КК України, за якою інший суб'єкт може бути звільнений від кримінальної відповідальності, якщо буде визнано, що на час кримінального провадження внаслідок зміни обстановки вчинене ним діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною.

Остаточно закінчуються всі кримінально-правові наслідки у особи, яка була притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 365⁻² КК України, відповідно до ст. 89 КК України, з моменту сплину строку погашення судимості або її дострокового зняття.

Особливим кримінально-правовим наслідком, який застосовується до засуджених є спеціальна конфіскація – конфіскація майна або коштів, набутих злочинним шляхом, адже неправомірна вигода є предметом цього злочину і входить до складу об'єктивної сторони.

Різновидами такої вигоди є грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи. Спеціальна конфіскація - примусове безоплатне вилучення за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна за умови вчинення злочинів, в яких фігурувала неправомірна вигода. Спеціальна конфіскація майна не повинна застосовуватись судом «автоматично» без урахування конкретних обставин справи [260]. Те ж стосується й інших видів кримінально-правових заходів, спрямованих на забезпечення безпеки суспільства та громадського спокою [261-263].

Перевищення повноважень особами, які надають публічні послуги, підпадають під категорію тих злочинів, за які часто винні не несуть відповідальності, правоохоронні органи припиняють кримінальні провадження чи зовсім їх не розпочинають, вважаючи, що ці злочини не несуть великої суспільної небезпеки. Але, це зовсім не правильно, адже такі дії ще більше

посилюють латентність цієї групи злочинів та з їх мовчазливого дозволу створюються нові злочини, пов'язані з корупцією. Важливо, щоб кожен винний поні кримінальну відповідальність, адже головне не тяжкість покарання, а його невідворотність.

Слід зазначити, що інститут покарання та інших кримінально-правових наслідків діяння, перш за все, має найтісніший зв'язок з ознаками, які характеризують об'єктивну та суб'єктивну сторони даного злочину. Тому від того, наскільки законодавцем ураховано всі прояви та форми цього злочинного явища, залежить адекватність викладу певних видів і розмірів покарання в нормі про відповідальність за перевищення повноважень особами, які надають публічні послуги.

Аналіз судової практики стосовно службових злочинів свідчить, про те, що багато осіб, які скоїли ці злочини, нажаль, покарання не відбувають. Відсутність статистики по злочинам, передбаченим ст. 365⁻² КК України також обумовлена тим, що ця спеціальна стаття внесена до Кримінального кодексу досить недавно, а раніше винних нотаріусів, експертів, оцінювачів та інших осіб, які надають публічні послуги, притягували до кримінальної відповідальності по загальним статтям, які передбачають відповідальність за службові злочини.

Судді повинні, враховуючи тяжкість та суспільну небезпечність зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, призначати реальне покарання за цей злочин, не можуть практично звільняти винних від кримінальної відповідальності у зв'язку із дійовим каяттям за ст. 45 КК України, у зв'язку з примиренням винного з потерпілим за ст. 46 КК України, у зв'язку з передачею особи на поруки за ст. 47 КК України, у зв'язку із закінченням строків давності за ст. 49 КК України, та у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку за ст. 80 КК України.

Тільки тоді, коли усі особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, винні у зловживанні своїми

повноваженнями, будуть справедливо засуджені і будуть реально відбувати призначене покарання, буде діяти превентивна мета покарання на цих осіб та на суспільство загалом, можна буде побороти цю велику соціальну проблему - корупцію та знизити рівень злочинності взагалі [264-267].

3.2. Співвідношення зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, із іншими злочинами та перспективи удосконалення кримінального законодавства

Одним із основних питань, вирішення яких чекає теорія і практика кримінального права, є розмежування складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги із іншими злочинами. А саме: із зловживанням владою або службовим становищем (ст. 364), із перевищенням влади або службових повноважень (ст. 365), та із підкупом особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-3). Як зазначає Л.Д. Гаухман, проблеми відмежування суміжних складів злочинів складають один з ключових аспектів теорії кваліфікації злочинів взагалі. [268]

Про існування проблеми розмежування злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України із суміжними злочинами, особливо службовими, свідчить багато факторів. Відсутність статистичної інформації за злочин, передбачений 365⁻² КК України, на мою думку, не свідчить про те, що такі злочини майже не вчиняються, а навпаки, свідчить скоріше про те, що правоохоронцями недостатньо приділяється увага цим злочинам

Відомо, що рівень хабарництва і корупції в українських організаціях виріс з 56% в 2016 році до 73% в 2018 році. У світі лише 25% респондентів відповіли, що їх організації стикалися з випадками хабарництва і корупції, що майже втричі менше у порівнянні з українськими організаціями», - йдеться в результатах дослідження. Крім того, кожен третій український респондент (33%) зазначив, що його організація отримувала пропозицію дати хабар протягом останніх двох років. «Викликає занепокоєння той факт, що 23%

респондентів очікують, що хабарництво і корупція, серед інших видів економічних злочинів та /або шахрайства, буде найбільш істотним для їх організацій з точки зору фінансових збитків чи інших наслідків в наступні два роки» [269].

Це наближає поведінку суб'єктів ст.365-2 до рівня загальних корупційних злочинів, адже рейдерські захоплення, переділ власності, шахрайство з фінансовими ресурсами, трансгранична злочинність, та злочинність у сфері нерухомості пов'язана із неякісними послугами певних осіб.

Стаття 364 КК України « Зловживання владою або службовим становищем» є загальною по відношенню до ст. 365⁻² КК України. Довгий час, поки до КК України не була введена ст. 365⁻², осіб, які надають публічні послуги, винних у зловживанні своїми повноваженнями, притягали до кримінальної відповідальності за ст. 364 КК України. У диспозиції ч.1 ст. 364 зазначено: Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої 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. Ця норма дуже схожа на ч. 1 ст. 365⁻² КК України, особливо в формулюванні наслідків цих злочинів, але існують певні відмінності, за якими слід відмежовувати вказані злочини.

По-перше, різниця в суб'єкті цих злочинів: суб'єктом злочину, передбаченого ст. 364 є службова особа, визначення якої наведено у примітці до цієї статті.

Так, службовими особами у статтях 364, 368, 368⁻², 369 цього Кодексу є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого

самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Для цілей статей 364, 368, 368⁻², 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства. Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), а також іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів.

По-друге, у ст. 364 використовуються терміни зловживання владою або службовим становищем, а у ст. 365⁻² КК України - зловживання повноваженнями. Це цілком логічне, адже особа, яка не має влади чи службового становища, не може ними зловживати. Нотаріус, аудитор, оцінювач, та інші особи, які надають публічні послуги, не наділені владою, не мають службового становища, але вони мають певні повноваження, перелік

яких закріплений у спеціальних законах, положеннях та інструкціях. По-третє, є різниця в суб'єктивній стороні: формі вини, у меті та мотиві скоєння цих злочинів. Злочин, передбачений ст. 364 КК України, здійснюється умисно, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби. Злочин, передбачений ст. 365⁻² КК України, скоюється з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. В диспозиції цієї статті не вказана форма вини, але, як зазначають науковці, ставлення особи до діяння характеризується умисною чи змішаною формою вини. При цьому ставлення особи до діяння виявляється у прямому умислі, а до наслідків може бути як умисним, так і необережним.

Існує потреба розмежування злочинів, передбачених ст. 365 та 365⁻² КК України. Різниця між цим злочином і зловживанні повноваженнями особи, яка надає публічні послуги, крім суб'єкта злочину (у ст. 365 суб'єктом так як і у ст. 364 КК України є службова особа), проявляється і в об'єктивній стороні, а саме у діянні. Діяння у межах об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч.1 ст. 365 КК України відображається за допомогою законодавчої характеристики «перевищення влади або службових повноважень, тобто...вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень».[270-271, 257]

Відповідно до абз. 2 п.5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. №15 « Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» , під перевищенням влади або службових положень треба розуміти: а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, - за відсутності цих умов; в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені лише

колегіально; г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти [272].

Зловживання ж є протиправним використанням особою наданих їй повноважень у зв'язку зі здійсненням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Зловживання може бути вчинене лише в межах наданих особі повноважень, але всупереч тим цілям і завданням, заради досягнення і вирішення яких вона ними наділяється. Конкретні форми зловживання повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг, можуть бути різноманітними і залежать від змісту наданих повноважень та сфери їх використання.

Деякі криміналісти, відмежовуючи зловживання повноваженнями та перевищення повноважень, зазначають: всяке зловживання посадовими повноваженнями у формі дії слід розглядати в якості спеціального випадку перевищення посадових повноважень, оскільки одна з форм перевищення - вчинення дій, які могли бути вчинені посадовою особою тільки при наявності особливих обставин, зазначених у законі або спеціалізованому акті. [273]

Норми ст. ч.3 368-4 КК України та ч.1 365² КК України майже однакові за своїм суб'єктним складом. За ч. 3. ст. 368 – 4 КК України несуть відповідальність аудитор, нотаріус, експерт, оцінювач, третейський суддя або інша особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежний посередник чи арбітр при розгляді колективних трудових спорів.

Слід мати на увазі існування дещо відмінних за обсягом переліків осіб, які надають публічні послуги. Так:

- на відміну від ст. 365-2, арбітражний керуючий не є суб'єктом злочину, передбаченого 3 і 4 ст. 368-4, хоча пропозиція чи надання йому неправомірної вигоди є злочином відповідно до ч.1 та ч.2 ст. 368-4 КК України.

- на відміну від ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 у ч.3 ст. 368-4 КК України йдеться не про члена трудового арбітражу, а про арбітра. Поняття ж «арбітр»

має інше значення і може стосуватися члена іноземного та міжнародного комерційного арбітражу, футбольного арбітра тощо;

- на відміну від ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 у ч.3 ст. 368-4 КК України йдеться про третейського суддю безвідносно від часу виконання особою цих функцій;

- на відміну від ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 у ч. 3 ст. 368-4 КК України йдеться цю особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, безвідносно від того, чи є вона державним службовцем або посадовою особою місцевого самоврядування;

- на відміну від ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 у ч.3 ст. 368-4 КК України перелік відповідних осіб є вичерпним;

- на відміну від ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 у ч.3 ст. 368-4 КК України незалежний посередник і арбітр не віднесені до осіб, які надають публічні послуги, оскільки замість конструкції «..здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг... незалежного посередника, члена трудового арбітражу...» використовується конструкція « ...здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежного посередника чи арбітра».

Оскільки усі ці відмінності необґрунтовано ускладнюють кваліфікацію відповідних злочинів, не уніфікованість термінології слід розглядати як помилку законодавця, що підлягає виправленню.

У даний час кримінальне законодавство України є надзвичайно нестійким: зміни до Кримінального кодексу України вносяться по декілька разів на рік, при тому їх переважна більшість стосується саме кримінально – правових санкцій. Але ж конструктивні новації, які можуть складатися із квінтесенції досвіду застосування кримінально – правових норм та інститутів у країнах з розвиненою правовою системою, на жаль, залишаються поза увагою законодавчої влади України. [274]

Спроби удосконалення норм КК України, пов'язаних з зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги, відбуваються вже не перший рік [275-276].

Так, оскільки в українському законодавстві відсутнє визначення понять «публічні послуги» та «особа, що здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», то проектом Закону №5428, внесеним народним депутатом України В.Р. Мойсиком, та №5508 пропонувалось внести зміни до ст. 235-3 - «попередниці» ст. 365⁻² КК України. Він вважав за доцільне викласти це визначення у примітці до статті 235-3 КК України, виклавши її в такій редакції:

«Примітка 1. Під публічними послугами у статтях 235-3 та 235-5 цього Кодексу розуміються послуги нематеріального характеру, які надаються:

1) органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами та організаціями (адміністративні послуги), перелік і порядок надання яких визначається законодавством;

2) послуги, які надаються особами, зазначеними статтями 235-3 та 235-5 цього Кодексу, які їх надають як самозайняті особи (особи, що здійснюють незалежну професійну діяльність) чи як наймані працівники;

3) медичні та освітні послуги, а також послуги у сфері туризму, телекомунікацій та поштового зв'язку;

4) соціальні послуги, які надаються з підстав і в порядку, визначеному законодавством». Нажаль, цей законопроект так і не був прийнятий, тому в нашому законодавстві досі існує прогалина, так як не існує нормативного закріплення понять «публічні послуги» та «особа, яка надає публічні послуги», то зацікавлені особи можуть використати цю прогалину на свою користь.

Поряд з цим, зазначається, що зміни, внесені законодавцем у 2011-2016 рр. до КК України у частині визначення правового статусу аудиторів, нотаріусів та інших осіб, які надають публічні послуги загалом заслуговують на

схвалення, оскільки вони поклали край тривалим дискусіям навколо питання про визнання названих категорій осіб службовими особами в кримінально-правовому значенні цього поняття [277]. Виникає питання можливості віднесення основного складу цього злочину до кримінальних проступків [278] хоча тенденції розвитку кримінально-правових заборон у спосіб відповідності міжнародно-правовим зобов'язанням України та інших пострадянських країн свідчать про інше [279].

Разом з тим використання у тексті КК України термінів, що не мають чіткої законодавчої регламентації, створили підґрунтя для неоднозначного тлумачення змісту відповідних кримінально-правових норм. «мертвих» чи «сплячих юридичних конструкцій [280].

Детально проаналізувавши положення сучасного законодавства, П.П. Андрушко пропонує доповнити ст. 365⁻² КК України приміткою, у п. 1 якої зазначити, що під публічним послугами у статтях 365-2 та 368-4 КК України розуміються:

1) послуги нематеріального характеру, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами та організаціями (адміністративні послуги), перелік і порядок надання яких визначається законодавством;

2) послуги, що надаються особами, зазначеними у статтях 365-2 та 368-4 цього Кодексу, які їх надають як самозайняті особи (особи, котрі здійснюють незалежну професійну діяльність) чи як наймані працівники;

3) медичні та освітні послуги, послуги з охорони власності та громадян, а також послуги у сфері туризму, телекомунікацій та поштового зв'язку;

4) соціальні послуги, які надаються з підстав і в порядку, визначеному законодавством (варіант - визначеному Законом України «Про соціальні послуги»). [229]

З цим можна погодитись, заважаючи на те, що вважається проблематичним, чи доречно визначати в кримінальному законодавстві

поняття, які за своїм змістом і галузевою належністю є, скоріш за все, адміністративно-правовими - тлумачення ст.6 Європейської конвенції дозволяє це зробити [261]

На думку деяких вчених, законодавець в цьому випадку має використовувати поняття, які на сьогодні достатньою мірою розроблені наукою адміністративного права та мають закріплення в адміністративному законодавстві (наприклад, адміністративні послуги). Якщо ж в адміністративному законодавстві відсутнє таке поняття, яке охоплюватиме всі потрібні кримінально-правові аспекти, доцільно було б перелічити в примітці статті Особливої частини КК України всі категорії осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

При цьому:

1. Під публічним послугами у статтях 365-2 та 368-4 КК України розуміються: 1) послуги нематеріального характеру, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами та організаціями (адміністративні послуги), перелік і порядок надання яких визначається законодавством;

2) послуги, що надаються особами, зазначеними у статтях 365-2 та 368-4 цього Кодексу, які їх надають як самозайняті особи (особи, котрі здійснюють незалежну професійну діяльність) чи як наймані працівники;

3) медичні та освітні послуги, послуги з охорони власності та громадян, а також послуги у сфері туризму, телекомунікацій та поштового зв'язку;
4) соціальні послуги, які надаються з підстав і в порядку, визначеному законодавством.

Можливо саме такий підхід обумовить уніфікацію політичних та правових критеріїв оцінки [262] та подальшої диференціації відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

ВИСНОВКИ

У роботі було проведене наукове дослідження проблем кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Отримано наступні основні висновки:

1) Досягненням кримінально-політичної доктрини України є реалізація ідеї диференціації кримінальної відповідальності у публічній та не публічній управлінських сферах на законодавчому рівні. Злочин, передбачений ст. 365⁻² Кримінального кодексу України «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» входить до складу Розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини Кримінального кодексу України, що підкреслює тісний зв'язок цих складів злочинів.

2) Злочин, передбачений ст.365⁻² «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» КК України, закріплений у Розділі XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини КК України, що відповідає сучасним тенденціям багаторубіжної протидії корупційній злочинності. Цей склад є загальним щодо інших зловживань професійною діяльністю та «рівнозначним» (паралельним) зловживанню службовим становищем (ст.364 КК України). До спеціальних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (в тій частині, в якій вони вчиняються відповідними суб'єктами), можуть бути віднесені ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК України), порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271 КК України), незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ст. 319 КК України), підкуп особи, яка надає публічні послуги (стаття 368⁻⁴ КК України) завідомо незаконне затримання, привід, арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК України), притягнення

завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК України), невиконання судового рішення (ч. 2 ст. 382 КК України), примушування давати показання (ст. 373 КК України), військові службові злочини (ст.ст. 423–427 КК України). Питання про співвідношення загальних і спеціальних складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, вирішується за правилами конкуренції загальних і спеціальних норм: застосуванню, як відомо, підлягає спеціальна кримінально-правова норма.

3) Основною характерною рисою суспільно небезпечних діянь у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є можливість їх вчинення новими суб'єктами, що виникають у зв'язку із розвитком системи управління, та інформатизації суспільства. Виявлені основні закономірності видозміни виникнення нових видів суспільно небезпечних діянь, які відбуваються під впливом розвитку сучасних корупційних практик, вимагають не просто уточнення редакції норми та приведення її у відповідність із чинним законодавством та доктриною, але й розуміння, що зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, як і обман покупців, є латентною формою корисливої протиправної діяльності. Поруч з цим диверсифікація управлінських інститутів, та розширення суб'єктного складу не надає можливості провести чітку грань між дисциплінарними практиками та злочином. Це знижує можливості ефективної кримінальної політики.

4) Відносно самостійним напрямом кримінально-правової політики України є кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, під якою розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які виникають у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Об'єктом кримінально-правової політики у сфері забезпечення

професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, має бути визнаною система заходів, спрямованих на розробку і запровадження кримінально-правових засобів протидії порушенням права на отримання публічно-правової послуги в Україні та поводження з правопорушниками. Суб'єктами, – система органів соціального контролю, виконавчої, судової та законодавчої влади. Змістом – забезпечення інституціональної безпеки держави та суспільства у сфері надання державних послуг, їх транспарентності, охорона прав фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави, міжнародного правопорядку.

5) Визначення корупційних злочинів та підстав відповідальності за них у примітці до ст.44 КК України є самостійною особливою (*sui generis*) підставою кримінальної відповідальності поруч із підставами відповідальності за співучасть та попередню злочинну діяльність.

6) Аналізуючи генезу кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, на теренах України, можна зробити висновок, що ці норми зародились ще у XIX столітті, так як Уложення про покарання кримінальні і виправні 1845 р. передбачало кримінальну відповідальність нотаріусів за їх дії всупереч закону. У радянський період не існувало спеціальної норми, яка передбачала б кримінальну відповідальність осіб, які надають публічні послуги, тому на практиці використовувалася загальна норма, що передбачала кримінальну відповідальність за службові чи посадові злочини.

7) Досвід зарубіжних держав у сфері регулювання відповідальності за посадові злочини та злочини у сфері надання публічних послуг є вельми різноманітним, часто суперечливим і мінливим. Для кваліфікації цих злочинів першочергове значення має не об'єкт складу, а суб'єкт, його соціальна роль та значущість. У кримінальних кодексах одних країн передбачено загальний вид зловживання повноваженнями, в кримінальних кодексах інших держав – тільки низка спеціальних видів зловживання.

8) Необхідна диференціація кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній і непублічній управлінських сферах. Саме такий підхід щодо диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення втілено в кримінальному законодавстві як країн близького зарубіжжя (Республіки Грузії, Республіки Казахстан, Киргизької республіки, Латвійської республіки, Литовської Республіки, Республіки Таджикистан, Туркменістану), так і в низці країн континентальної Західної Європи (зокрема, Австрії, Голландії, Іспанії, Італії, ФРН, Норвегії, Республіки Сан-Марино, Фінляндії, Франції, Швейцарської конфедерації).

9) Суттєві недоліки законодавчої техніки діючої редакції ст.365-2 КК України, пов'язані із: встановленням у диспозиції основного складу переліку конкретних суб'єктів злочину, персоніфікованих за соціальними ролями, навпаки традиції визначення правового режиму спеціального суб'єкту (службова особа, військовослужбовець); комбінацією у диспозиції основного складу оцінних понять (публічні послуги) з бланкетними (експерт, аудитор, нотаріус); поширеністю концепту публічних послуг майже на всі відносини, пов'язані з виконанням професійної діяльності у сфері державних та суспільних сервісів; визначенням окремих категорії спеціальних потерпілих у кваліфікованому складі злочину за ознаками потенціальної, а не реальної віктимності; невідповідністю ступеня тяжкості санкцій у основному та кваліфікованому складах положенням Загальної частини КК України, та санкціям «паралельної» за значущістю норми (ст.364 КК України).

10) Об'єктом злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, є встановлений законодавством порядок здійснення професійної діяльності з надання публічних послуг, а також охоронювані законом права та інтереси фізичних та юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

11) Основним складом злочину, передбаченим ст. 365⁻² КК України, порушується нормальний, встановлений законодавством порядок надання

публічних послуг. Предметом цього злочину є неправомірна вигода, під якою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи.

12) Існують 2 підходи до визначення поняття «публічні послуги»: по-перше, їх ототожнення за змістом із поняттями «державні послуги» чи «адміністративні послуги»; по-друге, широке розуміння поняття «публічні послуги» – як дії чи бездіяльності, що створює певну вигоду для особи, яка її споживає у процесі її надання (здійснення), результати якої не знаходять матеріального втілення у речах.

13) Отже, під публічними послугами розуміють юридично значущі діяння (діяльність) цивільно-правового чи адміністративно-приватного характеру повноважних (компетентних) фізичних та юридичних осіб, якими задовольняються (спрямовані на задоволення) законні інтереси, потреби фізичних та юридичних осіб нематеріального характеру. У майбутньому найбільш прийнятним варіантом є прийняття адміністративного законодавства, яке у цілому буде регулювати спектр відносин, пов'язаних з наданням публічних та адміністративних послуг, обов'язкове створення правових умов для визначення Єдиного реєстру обов'язкових електронних адміністративних послуг.

14) Злочин, передбачений ст. 365⁻² КК, України, належить до злочинів з матеріальним складом і вважається закінченим з моменту настання суспільно – небезпечних наслідків, які полягають у заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам фізичних осіб, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб.

15) Основним конститутивним елементом складу злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, є суб'єкт злочину. Визначення соціальної ролі та функцій спеціального суб'єкта встановлюється при описі виключного переліку суб'єктів при криміналізації.

16) Згідно із законодавством суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, є аудитор, нотаріус, оцінювач, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійсню професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій). В доктрині вважається, що особами, які надають публічні послуги, можуть бути, зокрема: працівники підприємств, установ та організацій, які надають адміністративні послуги; соціальні працівники, в тому числі працівники реабілітаційних установ і закладів соціального захисту для бездомних осіб і безпритульних дітей; працівники житлово-комунальних організацій; працівники державних та комунальних закладів освіти, охорони здоров'я, культури, фізичної культури і спорту; працівники державних та комунальних підприємств залізничного, повітряного, автомобільного, водного транспорту, міського електротранспорту; журналісти та інші працівники державних і комунальних засобів масової інформації.

17) Отже, коло суб'єктів ст. 365⁻² КК України тлумачиться поширено, що не надає можливості чіткого застосування діючого законодавства.

18) Додаткових наукових розвідок та аргументації потребує пропозиція щодо розробки та законодавчого опису правового режиму публічних послуг та суб'єктів ст. 365⁻² КК України, яка запропонована (П.П. Андрушко) у якості примітки до статті, що вивчається, у наступному вигляді: 1. Під публічним послугами у статтях 365⁻² та 368⁻⁴ КК України розуміються: 1) послуги нематеріального характеру, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами та організаціями (адміністративні послуги), перелік і порядок надання яких визначається законодавством; 2) послуги, що надаються особами, зазначеними у статтях 365⁻² та 368⁻⁴ цього Кодексу, які їх

надають як самозайняті особи (особи, котрі здійснюють незалежну професійну діяльність) чи як наймані працівники; 3) медичні та освітні послуги, послуги з охорони власності та громадян, а також послуги у сфері туризму, телекомунікацій та поштового зв'язку; 4) соціальні послуги, які надаються з підстав і в порядку, визначеному законодавством.

19) Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 365⁻² КК України, характеризується умисним ставленням суб'єкта до вчинюваного ним діяння. Потребує подальших наукових розвідок питання необережного ставлення винної за ст. 365⁻² КК України особи до суспільно-небезпечних наслідків. Загалом цей злочин визнається умисним. Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони цього злочину є мета отримання неправомірної вигоди для себе чи для інших осіб, яка завжди поєднується з корисливим мотивом.

20) Метою злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, є отримання неправомірної вигоди. Неправомірною вигодою можуть бути грошові кошти; інше майно; переваги; пільги; послуги; нематеріальні активи; які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. Перелічені предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

21) Зміст поняття «неправомірна вигода» визначають три обов'язкові ознаки, відповідно до яких неправомірною вигодою: можуть бути лише такі предмети, як грошові кошти; інше майно; переваги; пільги; послуги; нематеріальні активи; ці предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав; перелічені предмети обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову. Відомо, що поняття «неправомірна вигода» застосовується у кримінальному законодавстві одночасно у якості: самостійного поняття (примітка 1 до статті 364⁻¹ КК України та ін.); синоніму незаконного збагачення (частина перша статті 368⁻² КК України); предмету незаконного збагачення (частини друга, третя статті 368⁻² КК України); однієї з ознак

комерційного підкупу (стаття 368⁻³ КК України), підкупу особи, яка надає публічні послуги (368⁻⁴ КК України) та зловживання впливом (стаття 369⁻¹ КК України). Звідси питання визначення неправомірної вигоди у ст.365⁻² КК України потребує подальшого наукового вивчення.

22) За вчинення злочину, передбаченого ст. 365⁻² КК України, винні особи повинні бути притягнені до кримінальної відповідальності, проте практика застосування основного та кваліфікованих складів майже відсутня. Це пов'язане як із законодавчими вадами конструкції основного та кваліфікованих складів злочину, так і з порушенням принципів структурної залежності та неколизійності ефективної правової норми правилам визначеності, ясності і недвозначності правової норми, встановлених ЕСПЛ. Це надає можливість розглянути у майбутньому доцільність питання переведення основного складу виключно до кримінального проступку та декриміналізації деяких кваліфікованих складів

23) Узагальнюючи вище викладене, пропонується викласти статтю 365⁻² КК України в такій редакції: .

«Стаття 365⁻² «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги»

1. Зловживання своїми повноваженнями особою, яка професійно надає публічні послуги, з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським або державним інтересам, -

карається обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років»

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, -

караються штрафом від чотирьохсот до дев'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Частина друга ст.365⁻² КК України в діючій редакції підлягає декриміналізації.

Виявлені основні закономірності видозміни раніше відомої злочинності та виникнення нових видів суспільно небезпечних діянь, які відбуваються під впливом розвитку сучасних корупційних практик, призводять до висновку, що основною причиною таких трансформацій є можливість учинення їх з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг.

Це вимагає не просто відповідного уточнення норми та приведення її у відповідність із існуючим законодавством але й розуміння, що зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги є латентною, але вельми поширеною формою корупційних практик і в силу цього не може бути нейтралізованим виключно за допомогою кримінального закону.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ

1. Туляков.В.О., Николенко Р.О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації. *Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві* /за заг. ред. В.О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2012. 424 с. С.10-31. с.11-12.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011
3. Михайленко Д.Г. Корупція у публічній та приватній сфері за міжнародними актами: критерій диференціації *Кримінальне право в умовах глобалізації*: матер. Міжнар. наук.-практ. конфер. (м. Одеса, 25 травня 2018 р.) /Кафедра кримінального права НУ «Одеська юридична академія». Одеса, 2018. 260 с.
4. Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113281&libid=100820&c=edit&_c=fo#
5. Стрельцов Є.Л. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права. *Право України*. 2010. №9. С.102-109.
6. Михайленко Д.Г. Індикатори корупційних правопорушень: поняття, види та можливості використання для цілей Кримінального закону *Jurnalul juridic național: teorieș i practică*. 2017. №4 (26). С. 136-140.
7. Horsunenکو A.O. The impact of corruption on society and economic development /Грані права: XXI століття: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2018 р.) У 2-х т. Т. 2 /за ред. Г.О. Ульянової; уклад.: Ю.Д. Батан, М.В. Сиротко [та ін.] Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 404-405.

8. Пісов М.П. Корупція як одна із загроз національному правопорядку України. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (20 травня 2016 р., м. Одеса): у 2 т. Т. 1* /відп. ред. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юридична література, 2016. С. 115-117.

9. Брайченко С.М. Проблемні питання визначення поняття «корупція» в антикорупційному законодавстві. *Новітні кримінально-правові дослідження*. 2016: зб. наук. пр. /відп. ред. О.В. Козаченко. – Миколаїв: Іліон, 2016. - С. 64-67

10. Туляков В.А. Коррупция и суды: функциональный анализ *Коррупция: региональные и отраслевые тенденции: сб. науч. ст.* 2003. С. 213 – 217

11. Березнер В.В. Міжнародно-правові аспекти формування та реалізації національної антикорупційної стратегії. *Международное право развития: современные тенденции и перспективы: материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Одесса, 17 июня 2015 г.); НУ «ОЮА»; Кафедра междунар. права и междунар. отношений. Одесса, 2015. С.153-160*

12. Осадча О. Міжнародно-правові заходи протидії корупції: спільне регулювання і досвід окремих держав. *Міжнародні читання з міжнародного права пам'яті професора П.Є. Казанського: матеріали четвертої міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 8–9 лист. 2013 р.)* /відп. за випуск к.ю.н., доц. М.І. Пашковський; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2013. С. 350-353.

13. Стрельцов Є. Допінг і корупція: парадоксальна схожість *Юридичний вісник України*. 2016. 8-14 квіт. С. 14-15.

14. Задорожний С.А. Механізми запобігання та протидії корупції в органах місцевої влади: автореф. дис...канд. наук з держ. упр.: спец. 25.00.02 - Івано-Франківськ, 2017. 20 с.

15. Михальченко О.М. Корупція в Україні: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання. Дис...канд. юр. наук (доктора філософії) спец.: 12.00.08. Державний науково-дослідний інститут МВС України, Київ, 2017. 244 с.
16. Штирліна А.А. Механізми державного управління функціонуванням системи надання державних послуг в Україні. Дис...канд. наук з держ. упр.: спец. 25.00.02 Київ, 2017. 191 с.
17. Коновалова М.В. Фактори розвитку конкурентної державної системи надання соціальних послуг *Інвестиції: практика та досвід*. 2016. №10. С. 45-49
18. Жарая С.Б. Досвід надання адміністративних послуг у зарубіжних системах державного управління *Науковий вісник*. К., 2010. Вип. 1. С. 64-70.
19. Драган І.О. Організація надання публічних послуг населенню органами влади. *«Державне управління: удосконалення та розвиток»*. 2014. №4. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=703>
20. Дубич К.В. Великобританська та американська моделі надання соціальних послуг: євроінтеграційні орієнтири трансформації системи соціальних послуг в Україні *Інвестиції: практика та досвід*. 2014. №24. С. 161-165
21. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією від 04.11.1999 року URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_102
22. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27.01.1999 року: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_101
23. Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191) від 15.05.2003 року: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_172
24. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 12.12.2000 року URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_789

25. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 11.12.2003 року: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16.

26. Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 Київ, 2016. 20 с.

27. Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 Харків, 2014. 19 с.

28. Ківалов С.В. Адміністративні послуги: поняття, види, процедурне регулювання Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса: Фенікс, 2015. 233 с.

29. Буханевич О.М. Теоретичні та практичні передумови комплексного підходу до вивчення і розв'язання проблем переліку адміністративних послуг. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2015. №2. С. 45-49.

URL: http://instzak.rada.gov.ua/news/Rezult_doslidzhen/Nauk_zp_Inst/73079.html

30. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... докт. юрид. наук. Івано-Франківськ: Прикарпатський юридичний інститут внутрішніх справ, 2005. – 381 с.

31. Шемякін О.В. Протидія і запобігання корупційним злочинам у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Дис... канд. юр. наук. Спец. 12.00.08 Національна академія прокуратури України. – Київ, 2013 20 с.

32. Легеза Є.О. Концепція публічних послуг: адміністративно-правовий аспект. Дис... докт. юр. наук. Спец. 12.00.07 Запорізький національний університет, Запоріжжя, 2017.

33. Шиндель Ю.І. Зміст надання публічних послуг у складі злочину, передбаченому ст. 365-2 Кримінального кодексу України *Вісник ХНУ імені В.Н. Каразіна. Сер.: Право*. 2013. №1082. С. 173–177

34. Шиндель Ю.І. Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 Кримінального кодексу України): деякі питання кваліфікації *Вісник Харк. нац. ун-ту імені В.Н. Каразіна. Сер.: Право*. 2012. №1034. С. 234–237.

35. Кримінальний кодекс України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

36. Негрич О.М. Формування механізмів розвитку системи надання адміністративних послуг в Україні. Дис... канд. держ. управління: спец 25.00.02 Міжрегіональна Академія управління персоналом. Київ, 2018. 235 с.

37. Білоус В.Т. Деякі питання становлення інституту адміністративних послуг в Україні на підзаконному рівні *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Юридичні науки. 2016. №837. С. 23-28. URL: <http://lp.edu.ua/news/2018/visnyk-nacionalnogo-universytetu-lvivska-politehnika-yurydychni-nauky-no-876-2017>

38. Буханевич О.М. Проблеми надання адміністративних послуг органами місцевого самоврядування *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. Вип. 14 (1). С. 71-73. URL: <http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/>

39. Голосніченко І.П. Правове регулювання надання адміністративних послуг потребує системного підходу *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»*. Політологія. Соціологія. Право. 2012. №4. С. 43-46. URL: https://kpi.ua/web_visnyk-psp

40. Марковець О. Створення консолідованого інформаційного ресурсу оцінювання якості надання адміністративних послуг в органах місцевого самоврядування *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Комп'ютерні науки та інформаційні технології. 2013. №771. С. 160-167. URL: <http://lp.edu.ua/news/2018/visnyk-nacionalnogo-universytetu-lvivska-politehnika-yurydychni-nauky-no-876-2017>

41. Небрат О.О. Деякі аспекти надання адміністративних послуг в Україні *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2014. №1. С. 130-139. URL: <http://visnyk.univd.edu.ua/index.php/VNUAF>

42. Небрат О.О. Корупційні прояви у сфері надання адміністративних послуг: теоретико-правові аспекти *Право і Безпека*. - 2014. - №3. - С. 62-66. URL: <http://pb.univd.edu.ua/index.php/PB>

43. Негрич О.М. Основні положення інформаційного забезпечення системи надання адміністративних послуг *Державне управління: удосконалення та розвиток*. – 2016. – №10. – URL: <http://www.dy.nayka.com.ua>.

44. Закон України «Про адміністративні послуги» від 06.09.2012 №5203-VI URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5203-17>.

45. Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 №755-IV URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/755-15>.

46. Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 №852-IV URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/852-15>.

47. Закон України «Про концепцію національної програми інформатизації» від 11.08.2013 N 75/98-ВР URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/75/98-%D0%B2%D1%80>.

48. Закон України «Про національну програму інформатизації» від 01.08.2016 №74/98-вр URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/74/98-%D0%B2%D1%80>.

49. Закон України «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки» від 09.01.2007 №537-V URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/537-16>.

50. Закон України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» від 23.09.1997 №539/97-ВР URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/539/97-%D0%B2%D1%80>.

51. Наказ Адміністрації державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України «Про затвердження Порядку формування й користування інформаційним фондом Реєстру інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем органів виконавчої влади, а також підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління» від 24.04.2007 №72 URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0500-07>.

52. Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України «Про затвердження Положення про департамент розвитку інформаційно-комунікаційних технологій, документообігу та електронних сервісів» 16.02.2016 №240 URL: <http://consultant.parus.ua/?doc=0A0RAE7629>.

53. Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України та Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України «Про Порядок інтеграції інформаційних систем державних органів та органів місцевого самоврядування до Єдиного державного порталу адміністративних послуг» від 08.09.2016 №1501/248 URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1315-16>.

54. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Реєстр інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем органів виконавчої влади, а також підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління» від 03.08.2005 №688 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/688-2005-%D0%BF>.

55. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Примірною положення про центр надання адміністративних послуг» від 20.02.2013 №118 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/118-2013-%D0%BF>.

56. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні» від 20.09.2017 №649-р URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80>.

57. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади» від 15.02.2006 №90-р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-%D1%80>.

58. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції розвитку системи електронних послуг в Україні на 2017 — 2018 роки» від 14 червня 2017 р. №394-р. URL: <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=250069939>.

59. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку системи електронних послуг в Україні» від 16 листопада 2016 р. №918-р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/918-2016-%D1%80>.

60. Постанова правління Пенсійного фонду України «Про затвердження Порядку надання в електронній формі інформації з реєстру застрахованих осіб Державного реєстру загальнообов'язкового державного соціального страхування органам праці та соціального захисту населення» від 20.02.2017 №0598-17 URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0598-17>.

61. Офіційний веб-сайт Державного агентства з питань електронного урядування України – URL: <http://www.dkni.gov.ua>.

62. Офіційний веб-сайт Державного комітету статистики України – URL: www.ukrstat.gov.ua.

63. Офіційний веб-сайт Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України – URL: <http://www.dsszzi.gov.ua>.

64. Офіційний веб-сайт Єдиного державного порталу адміністративних послуг – URL: <https://posluga.gov.ua>.

65. Офіційний веб-сайт Міністерства економічного розвитку і торгівлі України – URL: <http://www.me.gov.ua/?lang=uk-UA>.

66. Офіційний веб-сайт порталу державних послуг – URL: <https://igov.org.ua>.

67. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» №4025-VI від 15.11.2011 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4025-17>.

68. Назимко Є.С. Депеналізація як елемент пенальної політики України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2011. 210 с

69. Кузнєцов В.В. Сучасні фактори нормотворення у сфері кримінального права *Вісник Верховного Суду України*. 2007. №12. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28firstview%29/vis.html?OpenDocument&Count=1000>

70. Борисов В.І. Кримінально-правова політика та питання соціальної обумовленості Закону про кримінальну відповідальність *Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми: [матеріали міжнародної наукової конференції]* *Вісник Академії адвокатури України* 2(15) 2009. (Донецьк, 17–18 листопада 2006 року). – Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС, 2006. URL: <http://aau.edu.ua/ua/visnyk/>

71. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» №1261-VII від 13.05.2014 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1261-18#n78>

72. Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации: автореф. дис...канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 М., 2001.29 с.

73. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» №770-VIII від 10.11.2015 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/629-19#n32>

74. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні» №770-VIII від 10.11.2015 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/770-19#n37>

75. Козаченко О.В. Ознаки та властивості кримінально-правових заходів примусового та заохочувального впливу *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані*: монографія /за ред. О.В. Козаченка, Є.Л. Стрельцова; МОН України, НУ «ОЮА», Каф.крим. права та ін. крим.-прав. дисциплін Миколаїв. ін-т. права, ПРЦ НАПрНУ, ГО «Всеукр. Асоціація крим. права»Миколаїв: Іліон, 2016.С. 31-51.

76. Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» №1403-VIII від 02.06.2016 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1403-19#n521>

77. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності» №1666-VIII від 06.10.2016 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

78. Михайленко Д.Г. Тенденції щодо визначення поняття корупції та її співвідношення з хабарництвом. *Актуальні проблеми держави та права*.Збірник наукових праць.№45.2009.С. 352-357. URL: http://onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=901%3A2011-10-12-12-05-07&catid=118%3A2011-10-12-10-47-42&Itemid=388&lang=uk

79. Біла О.В. Реформування державної антикорупційної політики: мета та шляхи реалізації. /О.В. Біла, Б.О. Костенко, О.Л. Смірнова. К.: НАДУ, 2011. 120 с.

80. Головкін Б.М., Автухов К.А., Валуйська М.Ю., Лукашевич С.Ю. Правові основи запобігання та боротьби з корупцією, запобігання корупції, боротьба з корупцією Харків: Право, 2018. 288 с.

81. Нуруллаєв І.С. Міжнародно-правове співробітництво в системі Ради Європи у боротьбі з корупцією: монографія К.: Правова єдність, 2009. 160 с.
82. Андрушко П.П. Поняття корупційного злочину, ознаки його складу *Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України*: матеріали міжнар. наук.-практ.конф.Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 16-29.
83. Стрельцов Є.Л. Доктринальне визначення необхідних «збудників» процесів криміналізації та декриміналізації, пеналізації та депеналізації *10 років чинності Кримінального Кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовт. 2011 р. – Харків, 2011. – С. 78–82.
84. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. К.: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
85. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: [учеб. пособ.] /под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М.: Омега-Л; Ин-т междунар. права и эк. им. А.С. Грибоедова, 2003. 576 с.
86. Уголовный кодекс Австрии /науч. ред. Н.Е. Крылова; пер. с нем. и предисл. А.В. Серебренникова. М.: Зерцало, 2001. 144 с.
87. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики: по сост. на 31.01.2005 г. URL: <http://www.legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes/country/43>.
88. Уголовный кодекс Бельгии /науч. ред. и предисл. Н.И. Мацнева; перевод с франц. Г.И. Мачковского. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 561 с.
89. Уголовный кодекс Голландии /науч. ред. докт. юрид. наук, заслуж. деят. науки РФ, проф. Б.В. Волженкин; пер. с англ. И.В. Мироновой. 2-е изд. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. 510 с.

90. Уголовный кодекс Грузии /науч. ред. З.К. Бигвава; вступ. ст. канд. юрид. наук., доц. В.И. Михайлова; обзорн. ст. докт. юрид. наук, проф. О. Гамкрелидзе; пер. с груз. И. Мериджанашвили. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 409 с.

91. Уголовный кодекс Дании /науч. ред. и предисл. С.С. Беляева, канд. юрид. наук; пер. с дат. и англ. канд. юрид. наук С.С. Беляева, А.Н. Рычевой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. 230 с.

92. Уголовный кодекс Испании /под ред. и с предисл. докт. юрид. наук, профес. Н.Ф. Кузнецовой и докт. юрид. наук, проф. Ф.М. Решетникова. М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. 218 с.

93. Уголовный кодекс Кыргызской Республики: по сост. на 10.02.2010 г. URL: <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14305/preview>.

94. Уголовный кодекс Республики Армения: по сост. на 24.06.2010 г. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=rus>.

95. Уголовный кодекс Республики Армения от 29 апреля 2003 года №ЗР-528 *Официальные ведомости (вестник) Республики Армения*. 2003. №25(260). – ст.407.

96. Уголовный кодекс Республики Беларусь: по сост. на 30.09.2011 г. /МВД Респ. Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». Минск: Академ. МВД, 2011. 227 с.

97. Уголовный кодекс Республики Казахстан с измен. и дополн. URL: http://www.zakon.kz/static/ugolovnyy_kodeks.html.

98. Уголовный кодекс Республики Молдова с послед. измен. и дополн. Кишинев: Реклама, 2009. 143 с.

99. Уголовный кодекс Республики Сан-Марино /науч. ред., вступ. ст. докт. юрид. наук С.В. Максимова; пер. с итал. В.Г. Максимова. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 253 с.

100. Уголовный кодекс Республики Таджикистан: по сост. на 17.05.2004 г. URL: <http://www.legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes>.

101. Уголовный кодекс Республики Узбекистан: по сост. на 08.06.2010 г.
URL: http://www.lex.uz/guest/irs_html.winlav?pid=111457.
102. Уголовный кодекс Российской Федерации: по сост. на 02.03.2015 г.
URL: <http://www.consultant.ru/popular/ukrf/>
103. Уголовный кодекс Туркменистана *Электронная газета “Туркменистан: золотой век”*.
URL: http://www.turkmenistan.gov.tm/_ru/laws/?laws=01go.
104. Уголовный кодекс Турции /предисл. канд. юрид. наук, доц. Н. Сафарова и докт. права Х. Аджара; науч. ред. и пер. с тур. Н. Сафарова и Х. Бабаева. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 374 с.
105. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии /науч. ред. и вступ. статья докт. юрид. наук, проф. Д.А. Шестакова; предисл. докт. права Г.-Г. Йешека; пер. с нем. Н.С. Рачковой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – 524 с.
106. Уголовный кодекс Франции /науч. ред. канд. юрид. наук, доц. Л.В. Головкин, канд. юрид. наук, доц. Н.Е. Крыловой; пер. с фр. и предисл. канд. юрид. наук, доц. Н.Е. Крыловой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 650 с.
107. Уголовный кодекс Франции 1810 года URL: <http://constitutionallaw.ru/?p=801>.
108. Уголовный кодекс Швейцарии /науч. ред., предисл. и пер. с нем. А.В. Серебренниковой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 350 с.
109. Мельник М.І. Корупція: сутність, поняття, заходи протидії: монографія. К.: Атіка, 2001. 304 с.
110. Слущка Т.І. Історико-правовий нарис кримінально-правової боротьби з перевищенням влади або службових повноважень в Україні *Юриспруденція: теорія і практика*: Щомісячний науково-практичний журнал. 2009. №5. С. 49. URL: http://www.library.univ.kiev.ua/ukr/elcat/new/detail.php3?doc_id=1360491

111. Шишов О.Ф. Становление и развитие науки уголовного права в СССР. Проблемы Общей части (1917 - 1936 гг.). М.: изд. ВНИИ МВД СССР, 1981. 84 с.

112. Поліщук Г.Б.: Місце та значення юридичної техніки кодифікаційних актів *Сучасні проблеми правової системи України*. 2009. С.202 URL: <http://lira-k.com.ua/books/suchasni-problemy-pravovoji-systemy-ukrajiny--zbirnyk-materialiv-iv-mizhnarodnoji-naukovo-praktychnoji-konferenciji--.html>

113. Михайленко Д.Г. Теоретичні аспекти трансформації інституту корупційних злочинів *Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць*. Вип. 74 Одеса: Юридична література, 2014. С.338-346. URL: http://onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=901%3A2011-10-12-12-05-07&catid=118%3A2011-10-12-10-47-42&Itemid=388&lang=uk

114. Волженкин Б.В. Служебные преступления М.: Юристъ, 2000. 368 с

115. Чугуніков І.І. Поняття злочинів у сфері службової діяльності: історія питання та сучасний стан проблеми *Актуальні проблеми політики*. 2008. Вип. 33. С. 76-83. URL: http://www.onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=904%3A2011-10-12-12-29-37&catid=118%3A2011-10-12-10-47-42&Itemid=388&lang=ru

116. Яциніна М.-М.С. Історія розвитку кримінально-правової регламентації відповідальності за службові зловживання в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. №3. 2017. С.240-243. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/>

117. Шемшученко Ю.С.: Біля витоків української юриспруденції. *Правознавча спадщина Глухівщини*. 2008. С. 8

118. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. URL: <http://search.rsl.ru/ru/record/01002889696>.

119. Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. /под общей редакцией О.И. Чистякова. М.: Издательство «Юридическая литература» Администрации Президента Российской Федерации, 1984–1994. Т. 9:

Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций /[Г.А. Кутыина, О.И. Чистяков, А.М. Четвертков, Н.А. Семидеркин]. 1994. 352с.

120. Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917-1952 г.г. /Под ред. И.Т. Голякова. М.Госюриздат, 1953. 460 с.

121. Терлюк І.Я. Огляд історії кримінального права України. Навчальний посібник.- Львів: Ліга-Прес, 2007. – 92 с.

122. Яциніна М.-М.С. Відповідальність за службові (посадові) злочини за вітчизняними кодифікованими актами ХХ століття *Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права і держави*: тези доповідей Міжнародної наукової конференції молодих вчених, аспірантів і студентів, присвяченої пам'яті видатних вчених-юристів П.О. Недбайла, О.В. Сурілова, В.В. Копейчикова, 6 грудня 2013 року. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2013. 78 с

123. Тацій В. Стабільність як умова ефективності законодавства України про кримінальну відповідальність /В. Тацій, В. Борисов, В. Тютюгін *Голос України*. 2013. 5 квіт. №66. С. 4.

124. Перепелиця Г.Б. Періодизація історичних етапів формування поняття «службова особа» у вітчизняному праві *Право і суспільство*. 2012. №4. С. 179-183. URL:

125. Слущка Т.І. Історико-правовий нарис кримінально-правової боротьби з перевищенням влади або службових повноважень в Україні *Юриспруденція: теорія і практика*: Щомісячний науково-практичний журнал. 2009. №5. — С. 56

126. Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції», прийнятий 11 червня 2009 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1506-17>

127. Закон України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», прийнятий 11 червня 2009 р., втратив чинність 5 січня 2011 р., URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1507-17>

128. Кримінальне право (особлива частина): підручник /за ред.. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т.2- Луганськ: видавництво «Елтон-2», 2010. – С.392.

129. Бакай М.І. Особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, як спеціальний суб'єкт злочину *Актуальні проблеми держави і права*: Зб. наук. праць. 1997-. 2010. Вип.55. 712 с. С. 143.

130. Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» №3207- VI URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17>

131. Шемякін О.В. Відповідальність за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги *Наше право: Спеціалізоване видання*. 2012. №3, ч. 3. С. 83.

132. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України №1261-VII від 13.05.2014, URL <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1261-18#n78>

133. Данилевський А.О. Особа, яка надає публічні послуги, як суб'єкт злочину *Вісник державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка, - Спеціальний випуск №6 у трьох частинах. – Частина 1 „Кримінальна юстиція в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку”*. – С. 96 -102.

134. Грудзур О.М. Кримінально – правова характеристика провокації хабара: Дис...канд. юрид. наук. 12.00.08. К., 2011. 158 с.

135. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року №4651-VI URL <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

136. Відмінність візантійської філософсько-правової традиції від західно-римської URL http://e-works.com.ua/work/6953_Vidminnist_vizantiiskoi_filosofsko_pravovoi_tradicii_vid_zahidno_rimskoi.html

137. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник. — М.:Зерцало, 2001. С. 462.

138. Туляков В.О. Порівняльний метод у науці кримінального права *Вісник Асоціації кримінального права України*, 2014, №1(2) С.29-40

139. Савченко А.В. Поняття порівняльного кримінального права та загальна характеристика основних сучасних правових сімей *Мультимедійний навч. посібник «Кримінальне право: Загальна частина* URL: http://www.naiau.kiev.ua/books/mnp_krum_pravo_zag/Files/Lekc/T21/T21_P1.htm

140. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации /под. ред. В.Т. Томина, В.В. Сверчкова.7-е изд., перераб. и доп.- М.: Издательство Юрайт, 2011. С.763.

141. Уголовное право: учебник для бакалавров: в 2 т. Т.2 Особенная часть /отв. ред. И.А. Подройкина, Е.В. Серегина, С.И. Улезько.- М.: Издательство Юрайт, 2012.С.440.

142. Уголовный кодекс Литовской Республики: Утвержден законом №VIII-1968 г. 26 сентября 2000 г. /Научное ред. В. Павилониса и вступ. статья А. Абрамавичюса, А.Дракшене; Пер. с лит. В.П. Казанскене. СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс, 2003 С.313.

143. Уголовный кодекс Эстонской Республики с изменениями и доп. на 1 августа 2001 г. /Научная редак., и вступ. статья Н.И. Мациева; Пер. с эстон. В.В. Запевалова. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. С.166.

144. Уголовный кодекс Республики Болгария /Науч. ред. А.И. Лукашова, Й.И. Айдарова; Пер. с болг. Д.В. Милушева, А.И. Лукашова. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. С.202.

145. Чепілюк В. Досвід зарубіжних країн у боротьбі з корупцією URL <http://www.antykor.info/en/dosv%D1%96d-zarub%D1%96zhnikh-kra%D1%97n-u-borotb%D1%96-z-korupc%D1%96%D1%94ju/>

146. Загальна характеристика злочинів у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг URL

https://pidruchniki.com/1497010960075/pravo/zlochiny_sferi_sluzhbovoyi_profesiynoyi_diyalnosti_povyazanoi_nadannyam_publichnyh_poslug

147. Туляков В. Основания теории декриминализации. Сучасний вимір держави і права URL <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3860/Tulyakov%20V.%20A.%20Osnovaniya%20teorii%20dekriminalizacii.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

148. Єгорова В.О. Критерії декриміналізації діянь: до постановки проблеми URL http://e-works.com.ua/work/7368_Egorova_VO_Kriterii_dekriminalizacii_diyayn_do_postanovki_problemi.html

149. Строган А.Ю. Состав злочину як підстава кримінальної відповідальності: Навчальний посібник. К.: Атіка, 2007. С.138.

150. Емельянов В.П. Концептуальные аспекты исследования объекта преступления *Право и политика*. 2003.№2. URL <https://www.nbpublish.com/lpmag/>

151. Кримінальне право (особлива частина): підручник /за ред.. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т.2- Луганськ: видавництво «Елтон-2», 2012

152. Фесенко В.П. Об'єкт злочину під кутом зору теорії цінностей, а також опонентів цієї концепції *Адвокат*.2003. №6.С.10.

153. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. К.: Юридична думка, 2004. 352 с.

154. Коржанський М.Й. Об'єкт і предмет злочину: лекція. К.: НАВСУ, 1997. 112 с.

155. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. К.: Юридична думка, 2004. С.79.

156. Уголовное право: учеб.: в 3 т. Т. 1: Общая часть /под общ. ред. А. Э. Жалинского. – М.: Издательский Дом «Городец», 2011. С 370

157. Андрушко П.П. Объект уголовно-правовой охраны, объект преступления, объект преступного посягательства и объект преступного воздействия: основное содержание понятий и их соотношение – URL: - http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Advokat/2011_12/ANDRUSKO.pdf

158. Музика А.А. Відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів К.: Логос, 1998.324 с.Бібліогр.: с. 292-322.

159. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву.М.: Госюриздат, 1961.666с.

160. Ємельянов В.П. Визначення об'єкта злочину у кримінально-правовій науці: дискусійні питання URL <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/29633/%AA>

161. Трайнин А.Н. Состав преступления по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1951. Избранные труды – М: Юридический центр Пресс, 2010. 1200 с.

162. Уголовное право. Особенная часть /Ред. А.А. Герцензон и А.А. Пионтковский. – М.: Юриздат НКЮ СССР, 1939. 528 с.

163. Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М.: НОРМА, 2001. 256 с.

164. Туляков В.А. Уголовный кодекс для потерпевших *Новітні наукові дослідження держави і права: зб.наук. праць за матеріалами Міжнародної наукової Інтернет-конференції «Новітні наукові дослідження держави і права-2011»- Том 1/за ред.. С.В.Ківалова, В.О. Тулякова, О.В. Козаченка.- Миколаїв: Ілліон, 2011.С.13-15*

165. Концепція (основи державної політики) національної безпеки України. Схвалена Постановою Верховної Ради України від 16 січня 1997 р. №3/97ВР //Відомості Верховної Ради України. 1997. №10. Ст. 85.

166. Слущка Т.І. Об'єкт посягання перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України) *Юриспруденція: теорія і практика: Щомісячний науково-практичний журнал. 2009. №8. С. 29.*

167. Бажанов М.И. Уголовное право Украины: Общая часть: Конспект лекцій.- Днепропетровск: Порош, 1992.С.31.
168. Лашук Є.В. Предмет злочину в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд.. юрид. наук (12.00.08) /НАВСУ. К., 2005. 27 с.
169. Рарог А.И., Степалин В.П. Уголовное право: Общая часть в вопросах и ответах: Учебное пособие /Под ред.. А.И. Рарога. М.: Юристъ, 1999. С.72.
170. Тацій В.Я. Объект и предмет преступления по советскому уголовному праву. Х., 1988.164 с.
171. Кримінальний кодекс України. Науково – практичний коментар: у 2-х т. /За заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна – 5-те вид., доповн. Х.: Право, 2013. Т.2: Особлива частина /Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.2013. С.783.
172. Науково – практичний коментар Кримінального кодексу України /за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка.- 9-те вид., перероб. та допов.- К.: Юридична думка, 2012.-С.783.
173. Савченко А.В. Сучасне кримінальне право України /А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Шанько.К.: ПАЛИВОДА А.В., 2005. – С.85.
174. Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України. Х.: УкрЮА, 1994- С.233.
175. Григораш О.І. Публічні послуги у сфері державного управління: поняття та зміст *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство**: Зб. наук. праць. 1996 -. 2007. Вип. 385. 124 с. С. 76.
176. Ковбас І.В. Дефінітивно-сутнісний аналіз публічно-владних послуг *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство**: Зб. наук. праць. 1996 -. 2008. Вип. 478. 124 с. — С. 88.
177. Венедиктова І.В. Юридична природа публічних послуг *Право*.2009.Вип. №1 (5) С.89.

178. Шаститко А.Е. Организационные рамки предоставления публичных услуг *Вопросы экономики*. 2004 №7 С. 33-34.

179. Тихомиров Ю.А. Публичные услуги: спрос сообщества и реализующие его институты *Материалы 6 Международной конференции. Модернизация экономики и выращивание институтов*. – М: ВШЭ, 2005.

180. Коваль М. Правове регулювання організаційно-управлінських відносин при наданні публічно-владних послуг *Юридична Україна: Щомісячний правовий часопис*. 2010. №8. С. 41.

181. Коханюк Т. Здійснення системного тлумачення положень Особливої частини КК УКРАЇНИ України на прикладі Розділу « Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» *Вісник Львівського університету*. Серія юридична. 2010. Вип. 51. С. 357-358.

182. Методичні рекомендації з питань кваліфікації корупційних злочинів, передбачених ст. ст. 264-1, 365-1, 365-2, 368-4, 369-2 КК України /О.Г. Кальман, В.М. Куц, Я.О. Триньова, Н.М. Ярмиш. К.: Національна академія прокуратури України. 2012. С. 16.

183. Писаренко Г.М. Адміністративні послуги в Україні: організаційно-правові аспекти: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Одеса: Б.в., 2006. – 20 с.

184. Хавронюк М.І. Науково – практичний коментар до Закону України « Про засади запобігання і протидії корупції» К.: Атіка, 2011.- С.76.

185. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект закону України «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні» (реєстр. №7487 від 17 грудня 2010 р.): URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39289

186. Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): Дис. ... канд. юрид. наук. О., 2005. С. 52-69.

187. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 514.

188. Ризак Я. Предмет комерційного підкупу за Кримінальним кодексом України *Вісник Національної академії прокуратури*. 2012. №1. С. 122.

189. Кримінальний кодекс України. Науково – практичний коментар: у 2-х т. /За заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна – 5-те вид., доповн. – Х.: Право, 2013. Т.2: Особлива частина /Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2015. С.797.

190. Рарог А.И., Степалин В.П. Уголовное право: Общая часть в вопросах и ответах: Учебное пособие /Под ред.. А.И. Рарога. М.: Юристъ, 1999. С.76.

191. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – 352 с.

192. Кудрявцев. В.Н. Объективная сторона преступления. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1960. 527 с.

193. Мирошниченко Н.А. Состав преступления: Текст лекций//Одесская национальная юридическая академия. О.: Феникс, 2006. Изд. 2-е, доп.

194. Коржанський М.Й. Кримінальне право і законодавство України. Загальна частина: Курс лекцій. К.: Атіка, 2001. С.190.

195. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» №15, прийнята 26 грудня 2003 року. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-03>

196. Закон України « Про судову експертизу», прийнятий 25 лютого 1994 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>

197. Закон України « Про нотаріат », прийнятий 2 вересня 1993 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/page>

198. Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», прийнятий 12 липня 2001 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2658-14/page>

199. Либідь Н. Фонд державного майна України (ФДМУ) оприлюднив першу базу суб'єктів оціночної діяльності, щодо яких є підстави сумніватися в об'єктивності оцінок. URL <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/2195110-fond-derzmajna-opublikuvav-persij-perelik-sumnivnih-ocinuvaciv.html>

200. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 року №15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-03>

201. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. К.: Юрінком Інтер, 2005. С.146.

202. Стрельцов Є.Л. Спеціальний суб'єкт злочину в новому Кримінальному кодексі України *Новий кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення*: Матеріали міжнародної науково – практичної конференції (Харків) 25-26 жовтня 2001 р. /Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін.- К.-Х., 2002. С.59.

203. Тацій В.Я., Сташис В.В. Новий Кримінальний кодекс України //Право України. 2001. №7.- С.9.

204. Осадчий В.І. Суб'єкт злочину: історичний аспект *Науковий вісник НАВСУ*. К., 2000. Вип.2.С.207.

205. Закон України «Про аудиторську діяльність», прийнятий 22 квітня 1993 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3125-12>

206. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально – правова характеристика: Монографія. К.: Юридична практика, 2003. С.662.

207. Круковес В. Нотариус – лицо должностное? *Закон и бизнес*.- 25 ноября 1998 г. №47. С.27-33.

208. Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально - правова характеристика. Навчальний посібник. – К.: Юрисконсульт, 2006. С.203.

209. Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 Кримінального кодексу України): кримінально – правова характеристика *Вісник Верховного Суду України*. 2005. №2. С.34.

210. Зайцев О.В. Проблеми встановлення ознак службової особи при вчиненні злочину нотаріусом *Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні*: матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. /Ред. кол. В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. Х.: Право, 2009. С.74-77.

211. Белинская Е.А. Правовой статус нотариуса в уголовно – правовых отношениях *Правова держава*. 2010. №12. С. 149-153.

212. Максимович Р.Л. Поняття службової особи в кримінальному праві України: Монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. С. 155.

213. Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», прийнятий 12 липня 2001 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2658-14/page>

214. Цивільний процесуальний кодекс України, прийнятий 18 березня 2004 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/page>

215. Кодекс адміністративного судочинства, прийнятий 6 липня 2005 року. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page>

216. Господарський процесуальний кодекс України, прийнятий 6 листопада 1991 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/page>

217. Закон України «Про судову експертизу», прийнятий 25 лютого 1994 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>

218. Закон України «Про наукову і науково – технічну експертизу», прийнятий 10 лютого 1995 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/51/95-%D0%B2%D1%80>

219. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – 303 с.

220. Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения: Монография. – К.: Гол. изд-во издательского объединения «Вища школа», 1987..

221. Навроцький В.О. Чи є експерт службовою особою? *Життя і право.*- Пробний номер.- С.19-21.

222. Судова експертиза: нормативно – правове регулювання та наукові коментарі. Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. С.50-52.

223. Волженкин Б.В. Служебные преступления: Комментарий законодательства и судебной практики. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. С.99-102.

224. Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве России. М.: Изд. Центр АРиНА, 2001. С.44-45.

225. Закон України « Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», прийнятий 14 травня 1992 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>

226. Коваль А.А оно все-таки лицо служебное... О возможности признания арбитражного управляющего служебным лицом *Юридическая практика.*-10 апреля 2007 г.- №15.-С.11.

227. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року №5 «Про судову практику у справах про хабарництво». URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02>

228. Болдарь Г.Є Кримінально – правовий статус арбітражного керуючого *Підприємство, господарство і право.* 2006. №3. С.112-113.

229. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно – правових зобов’язань України. К.: Атіка, 2012. С.258-259.

230. Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», від 3 березня 1998 року. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/137/98-%D0%B2%D1%80>

231. Наказ Національної служби посередництва і примирення від 18 листопада 2008 року №132 «Про затвердження Положення про арбітра». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS9522.html

232. Закон України «Про третейські суди», прийнятий 11 травня 2005 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>

233. Податковий кодекс України, прийнятий 02 грудня 2010 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

234. Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? *Юридичний вісник України*. - 30 лютого – 5 січня 2010 р. - №5. URL: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=5364&rid=147

235. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. К.: Юридична думка, 2004.

236. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т.1- Тула: Автограф, 2001.

237. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для студентів вищих навчальних закладів. К.: Атіка. 2004.

238. Конституція України: затверджена Законом України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. – 1996. - №30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

239. Вереша Р.В. Вина у кримінальному праві: навчально – методичний вимір. Навчальний посібник. К.: Атака, 2006.

240. Хохлова І.В., Шем'яков О.П. Кримінальне право України (загальна частина). Навчальний посібник. Київ: Центр навчальної літератури 2006. С. – 98.
241. Чернишова Н.В. Кримінальне право України (Загальна частина). Навчальний посібник. – К.: Атика, 2003. С.137
242. Колос М.І. Кримінальне право України. Загальна частина, Навчальний посібник. К.: Атика, 2007. С. 195.
243. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. К.: Юрінком Інтер, 1997. 512 с
244. Круміна М. Кримінологічна характеристика особи, яка вчиняє вбивства і тілесні ушкодження з необережності *Право України*. 2006. №2. С.82-85. URL <https://pravoua.com.ua/ua/>
245. Кримінальне право України: Навч. посібник: Альбом схем /За заг. ред. В.Я. Горбачевського. К.: Атика, 2003. 208 с.
246. Савченко А.В. Поняття, сутність і типи мотивації злочину //Науковий вісник НАВСУ. – К., 1998. – Вип. 2. – С.122.
247. Савченко А.В. Практичне значення мотиву злочину: результати наукового дослідження *Право України*. 1999. №1. С.99. URL: <https://pravoua.com.ua/ua/>
248. Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії. Автореф. дис... докт. юр. наук: 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право – Київ, 2015 – 38 с.
249. Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період: монографія Київ: Ін Юре, 2014. 564 с.
250. Ніколенко Р.О. Кримінальна відповідальність за ст.365-2 КК України: питання диференціації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. №10. С. 200-203..

251. Ніколенко Р.О. Новітні тенденції зарубіжного досвіду регулювання сфери публічних послуг і кримінальне право. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. №1. Ч. 2. С.179-181

252. Ніколенко Р.О. Санкції за зловживання повноваженнями особою, що надає публічні послуги. *Право та державне управління*. 2018. №1. Т. 1. С.227-231.

253. Савінова Н. Кримінально-правова комунікація у дискурсі ефективності кримінально-правового регулювання *Право України*. 2015. №9. С. 136-141. URL: <https://pravoua.com.ua/ua/>

254. Закон України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні», прийнятий 16 грудня 1993 р. UR: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3721-12>

255. Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», прийнятий 09 липня 2003 року URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1058-15>

256. Постанова Пленума Верховного Суду України від 4 червня 2010 року №7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки». URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-10>

257. Розенфельд Н.А. Коротка методика юридичного аналізу ефективності застосування законодавства К.: Юстініан, 2009. 48 с.

258. Музика А.А. З приводу дослідження проблеми кримінально-правової герменевтики *Наука і правоохорона*. 2016. №2. С. 262-276.URL: <http://naukaipravoohorona.com/>

259. Шаргородский М.Д. Избранные труды. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 657 с.

260. Задоя К.П. Нормативне (законодавче) вирішення питання про юридичну природу спеціальної конфіскації майна de lege ferenda «Вісник Вищої

ради юстиції» №2 (10) 2012.- С.- 76-86. URL:
http://www.vru.gov.ua/visnyk_archive/2

261. Ященко А.М. Заходи кримінально-правового характеру: теорія та практика застосування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» Харків, 2014. 36 с.

262. Шпіляревич В.В. Кримінально-правові заходи безпеки: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» /В.В.Шпіляревич. Львів, 2015.20 с.

263. Шаблистий В.В. Безпековий вимір кримінального права України: людиноцентристське дослідження: монограф. /В.В. Шаблистий.- Дніпропетровськ: Дніпроп. Держ. Ун-т внутр. Справ: Ліра ЛТД, 2015.420 с.

264. Михайленко Д.Г. Критерії диференціації правового регулювання протидії корупції у публічній та приватній сферах у законодавстві України /Д.Г. Михайленко *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 5. С. 196-200.

265. Корупційні діяння на державній службі - загроза національній безпеці Української держави: навч.-метод. матеріали /О.Ю. Бусол, М.М. Газізов, М.С. Орлів, Б.В. Романюк; за заг. ред. Р.В. Богатирьової; Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, Ін-т підвищ. кваліфікації керів. кадрів. К.: НАДУ, 2011. 240 с.

266. Бондаренко, О.С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис ... канд. юрид. наук, спец.: 12.00.08 - кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право/К.: Національна академія внутрішніх справ, 2016. – 290 с.

267. Цитряк В.Я. Підкуп у сфері публічної службової діяльності: кримінологічне дослідження: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» Одеса, 2014. –20 с.

268. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика /Гаухман Л.Д.. - 2-е изд., перераб. и доп. М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. 448 с.
269. Уровень корупції в Україні вырос до 73%, — РwC URL <https://fakty.ua/272703-uroven-korruptsii-v-ukraine-vyros-do-73---pwc>
270. Дячкін О.П. Зловживання службовими повноваженнями: суспільна небезпечність і кримінальна відповідальність *Право і суспільство*. 2012. №3. С. 183. URL: <http://pravoisuspilstvo.org.ua/>
271. Задоя К.П. Кримінально-правова характеристика змісту діяння в основному складі перевищення влади або службових повноважень (ч. 1 ст. 365 КК України) *Часопис Київського університету права*. 2008. №2. С. 211. URL: <http://kul.kiev.ua/gurnal-chasopis-kup-/>
272. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» №15, прийнята 26 грудня 2003 року. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-03>
273. Яни П. Должностное злоупотребление - частный случай превышения полномочий *Законность*. 2011. №12.С. 15.URL: <http://pressa-lex.ru/>
274. Полянський, Є.Ю. Деякі питання удосконалення вітчизняного кримінального законодавства *Актуальні проблеми держави і права**: Зб. наук. праць. Вип.55. 712 с. С. 79. URL: http://onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=901%3A2011-10-12-12-05-07&catid=118%3A2011-10-12-10-47-42&Itemid=388&lang=uk
275. Ніколенко Р.О. Кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції* №2 Т.2. 2017. С.121-123. URL: <http://apnl.dnu.in.ua/>
276. Ніколенко Р.О. Криміналізація професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції*: монографія /за заг. ред. С.В. Ківалова, В.О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2016. С. 291-295.

277. Фріс П. Доцільність у кримінально-правовій політиці в Україні /П. Фріс *Право України*.2017.№2.С. 93-99. URL: <https://pravoua.com.ua/ua/>

278. Федотова Г.В. Теоретичні та прикладні засади упровадження інституту кримінального проступку в кримінальне право України: дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» К., 2017. 468 с.

279. Тринадцатый Конгресс Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию Доха, 12-19 апреля 2015 года: Дохинская декларация о включении вопросов предупреждения преступности и уголовного правосудия в более широкую повестку дня Организации Объединенных Наций в целях решения социальных и экономических проблем и содействия обеспечению верховенства права на национальном и международном уровнях, а также участию общественности.- Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2015 г. URL: http://www.unodc.org/documents/congress/Declaration/V1504153_Russian.pdf

280. Сорочинський М.Г. Попередження злочинності засобами кримінального права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Одеса, 2004. 262 с.

ДОДАТКИ

Додаток 1

Список публікацій за темою дисертації:

1. Ніколенко Р.О. Кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. №2. Т.2. С.121-123.
2. Ніколенко Р.О. Підстави декриміналізації окремих видів професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Право і суспільство*. 2018. №5. Ч. 2. С. 195-199.
3. Ніколенко Р.О. Надання публічних послуг як системоутворюючий елемент конструкції ст.365-2 Кримінального кодексу України. Вчені записки *Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: Юридичні науки*. Том 29 (68) №5. С. 97-101.
4. Ніколенко Р.О. Кримінальна відповідальність за ст.365-2 КК України: питання диференціації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. №10. С. 200-203.
5. Ніколенко Р.О. Новітні тенденції зарубіжного досвіду регулювання сфери публічних послуг і кримінальне право. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. №1. Ч. 2. С.179-181
6. Ніколенко Р.О. Санкції за зловживання повноваженнями особою, що надає публічні послуги. *Право та державне управління*. 2018. №1. Т. 1. С.227-231.
7. Ніколенко, Р.О. Проблема диференціації кримінальної відповідальності за ст. 365-2 КК України. *Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування*: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Одеса, 7 лютого 2014 р.). Одеса: Фенікс, 2014. С. 127-128.

8. Ніколенко Р.О. Актуалізація дослідження кримінально-правової протидії зловживанням повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст.365-2 Кримінального Кодексу України). *Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 17–18 серпня 2018 р. Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2018. С. С. 25-27.

9. Ніколенко Р.О. Кримінально-правова політика протидії злочину, передбаченому ст. 365-2 Кримінального Кодексу України. *Актуальні проблеми вдосконалення законодавства та правозастосування*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 26–27 жовтня 2018 року. Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина», 2018. С. 90-91.

10. Ніколенко Р.О. Деякі вади основного складу злочину, передбаченого ст. 365-2 Кримінального Кодексу України. *Людина і закон: публічно-правовий вимір*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 5–6 жовтня 2018 р. Дніпро: ГО «Правовий світ», 2018. С. 63-65.

11. Ніколенко Р.О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації. *Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві*: монографія /за заг. ред. В.О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2012. С.10-31.

12. Ніколенко Р.О. Криміналізація професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції*: монографія /за заг. ред. С.В.Ківалова, В.О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2016. С.291-295.

Відомості про апробацію результатів дисертації:

Основні положення дисертації обговорювалися на засіданнях кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», а також доповідалися на конференції «Розвиток держави і права в сучасних умовах: досвід, реалії, перспективи» (м. Луганськ, 15 квітня-11 липня 2010 р.);

Всеукраїнській науково-практичній конференції «Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування (м. Одеса, 7 лютого 2014 р.);

Міжнародній науково-практичній конференції «Кримінально-правова політика України у дискурсі рішень Європейського суду з прав людини» (м. Одеса, 22 липня 2016 р.);

Міжнародній науково - практичній конференції «Проблеми та стандартизація захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 17–18 серпня 2018 р.);

Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні проблеми вдосконалення законодавства та правозастосування» (м. Запоріжжя, 26–27 жовтня 2018 р.);

Міжнародній науково-практичній конференції «Людина і закон: публічно-правовий вимір» (м.Дніпро, 5–6 жовтня 2018 р.).

Результати дисертаційної роботи є складовою фундаментального наукового дослідження «Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків у кримінальному праві України» (державний реєстраційний номер 0112U000690).

ПОЯСНЮВАЛЬНА ЗАПИСКА

до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України» (щодо кримінальної відповідальності за ст.365-2 Кримінального кодексу України)

1. Обґрунтування необхідності прийняття законопроекту

Досліджуючи шляхи розвитку антикорупційної політики в українській правовій доктрині та судовій практиці, слід констатувати, що відповідальність за злочинні посягання службових осіб та осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, передбачена різними розділами Особливої частини Кримінального кодексу України (далі - КК УКРАЇНИ України).

Залежно від соціального статусу та ролі суб'єктів злочинів можна виділити загальні і спеціальні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Водночас, практика застосування доданої у 2011 р. до КК УКРАЇНИ України статті 365-2 залишається неоднозначною. Рейдерські захоплення, переділ власності, шахрайство з фінансовими ресурсами, трансгранична злочинність та злочинність у сфері нерухомості пов'язані зі зловживанням правом при користуванні публічними послугами. Але практика застосування норми, закріпленої в ст.365-2 КК України, практично відсутня.

Це обумовлюється не тільки недоліками правоохоронної діяльності, але й вадами нормативних характеристик складів злочинів зловживання професійними повноваженнями.

Відомо, що редакція складів, закріплених у частинах першій і другій ст.365-2 КК України, не відповідає принципу рівності, правилам визначеності, ясності і недвозначності складу злочину та суперечить у такому вигляді практиці застосування ст.7 Європейської конвенції з прав людини.

Потребує приведення у відповідність з чинним законодавством санкція частини першої ст.365-2 КК України, оскільки, встановлюючи покарання у вигляді позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю, законодавець вийшов за межі норм Загальної частини КК України, встановивши термін покарання до 10 років при передбаченому максимумі у 3 роки.

Окреме питання виникає щодо проблеми адекватності покарання, передбаченого частиною третьою ст.365-2 КК України, оскільки його суворість не відповідає санкції загальної норми, яка закріплена у частині другій ст.364 КК України, та потребує узгодження із санкцією загальної норми.

2. Цілі і завдання проекту

Проект розроблений з метою оптимізації системи кримінально-правового впливу. Основним завданням проекту є підвищення якості та сталий розвиток кримінального законодавства України.

3. Загальна характеристика і основні положення проекту

Законопроектом пропонується внести зміни до Кримінального кодексу України: запропоновано нову редакцію ст.365-2 Кримінального кодексу України.

4. Стан нормативно-правової бази у даній сфері правового регулювання

Нормативно-правова база у сфері кримінально-правової політики України складається з КК України.

Реалізація положень даного законопроекту після його прийняття не потребує внесення змін до інших законів України.

5. Фінансово-економічне обґрунтування

Прийняття проекту не потребує додаткових витрат з Державного бюджету України.

6. Прогноз соціально-економічних та інших наслідків прийняття проекту

Прийняття проекту Закону призведе до поліпшення якості Кримінального кодексу України і підвищить його ефективність.

Проект

ЗАКОН УКРАЇНИ

«Про внесення змін до Кримінального кодексу України»

(щодо кримінальної відповідальності за ст.365-2 Кримінального кодексу України))

Верховна Рада України **постановляє**:

I. Внести зміни до Кримінального кодексу України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, №25-26, ст.131), доповнюючи його наступними положеннями:

викласти статтю 365-2 Кримінального кодексу України в такій редакції:

«Стаття 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги»

1. Зловживання своїми повноваженнями особою, яка професійно надає публічні послуги, з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським або державним інтересам, -

карається обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, -

караються штрафом від чотирьохсот до дев'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

2. Частина друга ст.365-2 Кримінального кодексу України в діючій редакції підляжить декриміналізації.

II. Цей Закон вступає у силу з дня його опублікування.

Голова Верховної Ради

України

«ЗАТВЕРДЖУЮ»

Ректор Національного університету



«Одеська юридична академія»

В.Є. Загородній

12 листопада 2018 р.

АКТ

**впровадження результатів дисертаційного дослідження
аспіранта кафедри кримінального права Національного університету
«Одеська юридична академія»**

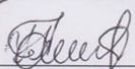
Ніколенко Романа Олеговича на тему «Кримінально-правова протидія зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги», поданого на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право

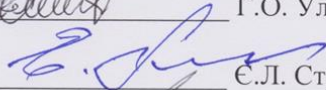
Комісія у складі: голови комісії проректора з навчальної роботи Національного університету «Одеська юридична академія», професора М.Р. Аракеляна, членів комісії: віце-президента, проректора з наукової роботи Національного університету «Одеська юридична академія», д.ю.н., професора Г.О. Ульянової, завідувача кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» д.ю.н., професора Є.Л.Стрельцова, начальника навчально-методичного відділу Національного університету «Одеська юридична академія», Л.В.Кузнецової склала цей акт про те, що аспірант кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» Ніколенко Р.В. приймав участь у розробці фундаментального наукового дослідження «Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків у кримінальному праві України» (державний реєстраційний номер 0112U000690), яке виконувалось колективом кафедри кримінального права. Зазначені матеріали успішно використовуються в навчальному процесі кафедри кримінального права НУ «ОЮА».

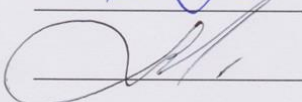
Результати дисертаційного дослідження Ніколенко Р.О. та основні положення наукових публікацій (Ніколенко Р.О. Кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. №2. Т.2. С.121-123;

Ніколенко Р.О. Підстави декриміналізації окремих видів професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Право і суспільство*. 2018. № 5. Ч. 2. С. 195-199; Ніколенко Р.О. Надання публічних послуг як системоутворюючий елемент конструкції ст.365-2 Кримінального кодексу України. Вчені записки Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: Юридичні науки. Том 29 (68) № 5. С. 97-101; Ніколенко Р.О. Кримінальна відповідальність за ст.365-2 КК України: питання диференціації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 200-203; Ніколенко Р.О. Новітні тенденції зарубіжного досвіду регулювання сфери публічних послуг і кримінальне право. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. № 1. Ч. 2. С.179-181; Ніколенко Р.О. Санкції за зловживання повноваженнями особою, що надає публічні послуги. *Право та державне управління*. 2018. № 1. Т. 1. С.227-231; Ніколенко Р.О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації. *Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві*: монографія / за заг. ред. В. О. Тулякова. Одеса: Юрид. л-ра, 2012. С.10-31; Ніколенко Р.О. Криміналізація професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: монографія *Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції*: за заг. ред. В. О. Тулякова Одеса, 2016. С.291-295) використані також співробітниками кафедри кримінального права НУ «ОЮА» при підготовці і викладанні лекцій з навчальних дисциплін «Кримінальне право. Ч.Особлива», «Сучасні проблеми кримінального права», «Кваліфікація корупційних злочинів».

Голова комісії:  М.Р. Аракелян

Члени комісії:  Г.О. Ульянова

 Є.Л. Стрельцов

 Л.В.Кузнецова