

«ІСТОТНА ШКОДА» У СКЛАДАХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Марін О. К.

Кримінальна відповідальність за порушення нормальної службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, повинна наставати за умови завдання реальної шкоди охоронюваним законом суспільним відносинам. У чинному кримінальному законодавстві України такі реальні наслідки дістали назву «істотна шкода». Щоправда, зміст цієї криміноутворюючої ознаки є вельми спірним. Зміни до Кримінального кодексу України, які були внесені законодавцем у 2014 році у примітку до статті 364 цього Кодексу і стосувались визначення змісту понять «істотна шкода» та «тяжкі наслідки» у складах кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, викликали не лише проблеми у практиці правозастосування, а й низку наукових публікацій, присвячених цій проблемі. У результаті, у доктрині кримінального права існують три основні позиції щодо визначення змісту поняття «істотна шкода» у відповідних складах кримінальних правопорушень: 1) така шкода повинна мати виключно матеріальний, майновий характер і становити собою збитки в сумі, яка у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; 2) проведені у 2014 році зміни до Кримінального кодексу фактично нічого не змінили в розумінні змісту поняття «істотна шкода» для кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, її зміст визначається, як і раніше, як оціночне поняття; 3) компромісний підхід, який пропонує майновий зміст цієї ознаки, однак урахує будь-яку шкоду, яку можна виміряти у грошовому виразі. Цей третій, компромісний, підхід підтримано Верховним Судом у низці рішень. Щодо перспектив нормативного врегулювання змісту цієї ознаки - до другого читання підготовлено законопроект, який повертає зміст приміток 3 та 4 до статті 364 Кримінального кодексу до редакції, яка діяла до 2014 року, що, своєю чергою, актуалізує дискусію щодо наповнення змістом цієї ознаки, але вже як типово оціночної.

Ключові слова: суспільно небезпечні наслідки, кримінальне правопорушення, нова редакція, істотна шкода, тяжкі наслідки.

Oleksandr Marin. Substantial harm in the corpus delicti of criminal offense in the sphere of official activities and professional activities related to the provision of public services.

Criminal liability for violation of normal official activities and professional activities related to the provision of public services shall rise when real damage is inflicted to legally protected public relations. The term "substantial harm" is used to define real damage within the meaning of the Criminal Code of Ukraine. However, the content of this term is highly controversial. In 2014, Article 364 of the Criminal Code of Ukraine was amended to define the concepts of "substantial harm" and "grave consequences". New norm has caused some problem in enforcement practice and obviously has also affected the significant increase of the scientific publications dedicated to research problem issues. As a result, the doctrine of criminal law has three main positions on the "substantial harm" in the corpus delicti of criminal offense in the sphere of official activities and professional activities related to the provision of public services: 1) the harm must have exclusively material nature and represent pecuniary losses in an amount that equals or exceeds 100 tax-free minimum incomes; 2) the amendments to the Criminal Code adopted in 2014 did not actually change anything in understanding the content of the "substantial harm". It is still an evaluative concept; 3) a compromise approach, which means that there must be material content, but it takes into account any harm that can be measured in financial terms. The third one (compromise approach) has been used by the Supreme Court in number of decisions. Regarding the prospect of a legal regulation of this issue it should be noted that at the moment there is a legislative proposal to return the previous content of Notes 3 and 4 of Article 364 of the Criminal Code of Ukraine (which was

© Марін О. К., 2021

valid until 2014). This, in turn, actualizes the discussion concerning meaning of the "substantial harm", but already as a typically evaluative concept.

Key words: *socially injurious consequences, criminal offense, new version of law, substantial harm, grave consequences.*

Постановка проблеми та її актуальність. Невідповідна поведінка функціонера будь-якої юридичної особи, представника держави в найширшому змісті, «неправильне» надання публічних послуг не повинні залишатися поза реакцією з боку як юридичних осіб, так і держави. Однак це не означає, що будь-яке відхилення в нормальній службовій діяльності чи діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, становить собою кримінальне правопорушення, а отже, є реально суспільно небезпечною поведінкою. Суспільно-політичні події в Україні, оголошений курс на реальну боротьбу з корупцією супроводжуються часто законодавчими пропозиціями, які спрямовані на встановлення кримінальної відповідальності за поведінку, яка по своїй суті не «дотягує» до рівня кримінального правопорушення. Так, 25 грудня 2013 р. у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект № 3829 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності службових осіб органів державної влади у разі прийняття незаконного рішення)» яким пропонувалося ввести в текст Кримінального кодексу (далі - КК) України, зокрема ст. 367¹ «Прийняття незаконного рішення» такого змісту: «Прийняття службовою особою органу державної влади незаконного рішення, що зачіпає охоронювані законом права, свободи та інтереси фізичних або юридичних осіб, карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років <...>». Практична реалізація цього законопроекту означала б криміналізацію сотень тисяч актів поведінки службових осіб і фактично б унеможливила протидію службовій деліктності загалом.

Здається, що кримінальна відповідальність за порушення нормальної службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, повинна наставати за умови завдання реальної шкоди охоронюваним законом суспільним відносинам. У чинному кримінальному законодавстві України такі реальні наслідки дістали назву «істотна шкода». Щоправда, зміст цієї криміноутворюючої ознаки є вельми спірним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зміни до КК України, які були внесені законодавцем у примітку до ст. 364 КК України і стосувались визначення змісту понять «істотна шкода» та «тяжкі наслідки» у складах кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, спричинили не лише проблеми у практиці правозастосування, а й низку наукових публікацій, присвячених цій проблемі. Ідеться про праці О.О. Дудорова, Г.М. Зеленова, В.О. Навроцького, В.І. Тютюгіна й інших.

Метою статті є висвітлення стану наукової дискусії щодо питання змісту поняття «істотна шкода» у сучасній кримінально-правовій доктрині, прогноз розвитку її нормативного врегулювання.

Виклад основного матеріалу. Відносно нещодавно типове оціночне поняття у кримінальному праві - «істотна шкода» - одержало, так би мовити, «половинчасте» визначення безпосередньо в тексті КК України. Так, у примітці 3 до ст. 364 КК України зазначалося, що істотною шкодою у ст. ст. 364, 364¹, 365, 365¹, 365², 367, якщо вона полягає в завданні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Наявність у тексті Закону звороту «якщо вона полягає <...>» означало, що істотна шкода могла і не полягати в завданні матеріальних збитків. Для з'ясування нематеріальної складової частини істотної шкоди як типового наслідку злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, звернемося до положень судової практики, які викладені в акті Верховного Суду України, що, зважаючи на зміни до КК України, у принципі втратив своє правове значення, проте донедавна залишався єдиною доступною формою виявлення позиції практики із цієї проблеми. Ідеться про постанову Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», у п. 6 якої зазначено: «Якщо шкода полягає в заподіянні суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру, питання про її істотність вирішується з урахуванням конкретних обставин справи. Зокрема, істотною шкодою можуть визнаватися порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (право на свободу й особисту недоторканість та недоторканість житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підри-

авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки й умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів. При вирішенні питання про те, чи є заподіяна шкода істотною, потрібно також ураховувати кількість потерпілих громадян, розмір моральної шкоди чи упущеної вигоди тощо. У разі заподіяння поряд із матеріальними збитками і шкоди нематеріального характеру загальна шкода від злочину може визнаватися істотною навіть у випадку, коли зазначені збитки не перевищують 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Як бачимо, перелік можливої шкоди, яка судовою практикою могла бути оцінена як істотна, є досить широким та формально не визначеним, що породжувало, на думку багатьох учених та, у результаті, законодавця, серйозні проблеми на практиці, адже «істотна шкода» - фактично єдина ознака, яка дає можливість відмежувати кримінальне правопорушення від іншого виду правопорушення. Крім того, як зазначає Є.О. Письменський, «попередня редакція ст. 364 (ідеться про формулювання суспільно небезпечних наслідків - О. М.) дозволяла не лише притягати до кримінальної відповідальності осіб, чий діяння не були суспільно небезпечними, а й у корупційний спосіб уникати відповідальності тим, хто вчинив аналогічні діяння» [1, с. 106].

Спроби відшукати більш чіткі критерії, які б дали можливість хоч якось формалізувати зміст істотної шкоди в нематеріальному виразі, не мали успіху. Очевидно, це специфіка оціночних ознак, які «підбивають» формальну визначеність кримінального правопорушення, проте існують у кримінальному праві об'єктивно та роблять його більш гнучким. Однак законодавець вніс свої корективи в «об'єктивність» існування цієї оціночної ознаки, ухвалив 13 травня 2014 р. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку із виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України». Відповідно до цього нормативного акта з тексту приміток 3 та 4 до ст. 364 КК України зникли слова «якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків <...>», що зумовило низку публікацій у спеціальній літературі та дискусію, яка досі триває.

Чинна редакція відповідних приміток до ст. 364 КК України є такою:

3. Істотною шкодою у ст. ст. 364, 364¹, 365, 365², 367 вважається така шкода, яка у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

4. Тяжкими наслідками у ст. ст. 364-367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Це дало підстави науковцям та практикам стверджувати, що відтепер істотна шкода у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, має винятково майновий характер і повинна мати грошовий еквівалент. Проте ця очевидна позиція у спеціальній літературі піддається критиці. Так, В.І. Тютюгін зауважує, що в п. п. 3 та 4 примітки до ст. 364 КК визначення «істотної шкоди» та «тяжких наслідків» розкриваються лише стосовно завдання майнової / матеріальної шкоди, однак вказані ознаки охоплюють і наслідки немайнового / нематеріального характеру. Свою позицію вчений обґрунтовує тим, що в диспозиціях частин статей розд. XVII Особливої частини КК істотна шкода характеризується через вказівку на охоронювані законом права, свободи й інтереси, яким вона може бути завдана, а останні, своєю чергою, не можуть мати суто майнового характеру. Тому шкода може бути визнана істотною, якщо порушуються не тільки майнові, а й інші, наприклад конституційні, права і свободи людини і громадянина (право на життя, здоров'я, особисту безпеку і недоторканість, виборчі, житлові, трудові права тощо). До того ж наявність примітки у відповідній статті не означає, що в ній у повному обсязі розкривається зміст відповідних ознак складу злочину. Зазвичай примітка (це стосується і примітки до ст. 364 КК) лише уточнює, конкретизує окремі положення, використані в диспозиції. Отже, істотна шкода як результат учинення службових злочинів може виражатись і в наслідках тільки нематеріального характеру, а може поєднувати в собі наслідки матеріального та нематеріального характеру [2; 3].

Отже, маємо дві діаметрально протилежні позиції, використання якоїсь із них дасть нам різні результати у кримінально-правовій оцінці посягань на нормальну службу та професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Існує й третя, компромісна позиція. Так, В.О. Навроцький зазначає, що наслідки нематеріального характеру, пов'язані із завданням шкоди соціального, політичного, морального, організа-

ційного й іншого характеру, не мають грошової оцінки. Відповідно, неможливо визначити еквівалент такої шкоди в одиницях, кратних неоподатковуваним мінімумам доходів громадян. Отже, щодо статей КК про кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності, на які поширюються роз'яснення поняття істотної шкоди та тяжких наслідків, не можна встановити зміст наслідків нематеріального характеру. Винятком може бути хіба врахування похідних наслідків, а саме завдання: фізичної шкоди - витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян - витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення тощо) [4]. О.О. Дудоров проаналізував такий підхід і відзначив, що «<...> за умови сприйняття практикою пропонованого нами та В.О. Навроцьким підходу (а ми чудово усвідомлюємо його компромісний і вимушений характер) у вироку суду має бути чітко визначено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового кримінального правопорушення стало причиною відповідних наслідків. При цьому обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено та не викликати сумнівів. Тобто у вироку має міститися належне обґрунтування визнання тих чи інших наслідків, які на перший погляд мають не майновий, а, наприклад, фізичний характер, проявами істотної шкоди або тяжких наслідків. В інших випадках вести мову про кримінальну відповідальність можна лише тоді, коли відповідальність за окремі випадки службових зловживань (перевищень) встановлена у спеціальних нормах КК, що не передбачає як криміноутворюючу ознаку настання майнових збитків» [5].

Таку ж компромісну й «усереднену» позицію зайняв і Верховний Суд України, який зазначив, що *диспозиція ч. 1 ст. 364 і ч. 1 ст. 365 КК, якими передбачено відповідальність за заповдіння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру)* [6]. Крім того, в ухвалі

Великої палати Верховного Суду від 4 липня 2018 р. у справі № 1215/6523/13-к із своєрідним подивом зазначено: *«Чому імперативні законодавчі положення, викладені в п. 3 примітки до ст. 364 КК, поширюються не на всі випадки завдання істотної шкоди, а також чому немайна шкода може бути визнана істотною з урахуванням обставин кримінального провадження?»*. Це свідчить про підтримку Великою палатою висловленої раніше правової позиції.

Але на цьому проблеми з визначенням поняття «істотна шкода» у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, не вичерпуються. Відповідно до результатів наукових пошуків, проведених О.О. Дудоровим і Г.М. Зеленовим, не виключено, що жодного прагнення стосовно мети звуження поняття істотної шкоди в законодавця і не було. За повідомленням ЗМІ, одним з управлінь Генеральної прокуратури України нині проводиться досудове розслідування кримінального провадження, розпочатого 18 травня 2015 р. за фактом службового підроблення законопроекту за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України. Як зазначено в ухвалі Печерського районного суду м. Києва від 15 червня 2015 р., досудовим розслідуванням встановлено, що невстановлені народні депутати України та службові особи Апарату Верховної Ради України, які діяли умисно і з метою перешкоджання притягненню окремих осіб до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ст. ст. 364-367 КК, після голосування народними депутатами України у другому читанні законопроекту від 25 березня 2014 р. № 4556 та ухвалення загалом Закону від 13 травня 2014 р., внесли до нього завідомо неправдиві відомості, які народними депутатами не розглядалися та за які вони не голосували. Унаслідок цього було внесено зміни в п. п. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК, згідно з якими кримінально караними визнаються лише ті протиправні діяння у сфері службової діяльності, передбачені ст. ст. 364-367 КК, які завдали матеріальні збитки. Виходить, що доки триває розслідування, остаточно відповісти на питання, що саме стало причиною аналізованих законодавчих змін, не видається за можливе [5]. Якщо ця інформація не є припущенням, а дійсністю, то складається якась абсолютно катастрофічна правова ситуація. У разі наявності обвинувального вироку щодо осіб, що вчинили відповідне «службове підроблення» тексту законопроекту, виникає правова ситуація, за

якою зміст Закону був змінений кримінально-протиправним способом. На підставі відповідних змін було ухвалено сотні, як не тисячі правозастосовних рішень. Сфальсифікований Закон пом'якшував становище обвинуваченого і визнання його нікчемним, тобто таким, який не ухвалений і по своїй суті законом не був, викликає потребу перегляду відповідних правозастосовних рішень, що, очевидно, погіршить становище обвинувачених / виправданих. Здається, що навіть світова юридична практика не знає таких випадків, коли предметом підробки став текст закону. Правові наслідки такого становища взагалі складно піддаються аналізу.

Висновки. 19 травня 2020 р. в першому читанні ухвалено законопроект «Про внесення зміни до ст. 364 Кримінального кодексу України щодо уточнення ознак окремих злочинів у сфері службової діяльності», яким редакція примітки до ст. 364 в частині визначення поняття «істотна шкода» повертається у стан, який був до 2014 р., з «розширювальним» формулюванням «**якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків**». У разі остаточного ухвалення цього законопроекту кримінально-правова доктрина та практика знов повернуться у стан дискусії стосовно наповнення реальним змістом оціночної складової частини цього надважливого поняття, яке позначає ніщо інше, як криміноутворюючу ознаку великої частини кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Література

1. Письменський Є.О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або служ-

бовим становищем: проблеми, тенденції, перспективи. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2017. № 2 (16). С. 106.

2. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг : навчально-практичний посібник / за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна. Харків, 2014. 232 с.

3. Тютюгін В.І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: поняття, загальні ознаки та види. *Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах*. 2014. № 4. С. 121-141.

4. Навроцький В.О. Кримінально-правове значення зміни законодавчої характеристики наслідків злочинів у сфері службової діяльності. *Кримінальне право: традиції та новації* : матеріали Міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю із дня народження видатного вченого, героя України, академіка В.В. Сташиса, 9-10 липня 2015 р. Полтава. Харків, 2015. С. 34-37.

5. Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону. *Право України*. 2015. № 12. С. 69-81.

6. Постанова Судової палати кримінальних справ Верховного Суду України від 27 жовтня 2016 р. № 5-99кс16.

Марін О. К.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і
кримінології
Львівського національного університету
імені Івана Франка