

РОЗДІЛ 8

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.2/.7

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-4/68>

УПУЩЕНА ВИГОДА ЯК ВИД СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ НАСЛІДКІВ У СЛУЖБОВИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕННЯХ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АНАЛІЗ

LOSS OF PROFIT AS A TYPE OF SOCIALLY DANGEROUS CONSEQUENCES IN OFFICIAL MISCONDUCTS: THEORETICAL AND APPLIED ANALYSIS

Борох Є.С., студент I курсу магістратури факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Пазій С.А., студент I курсу магістратури факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена проблематиці включення упущеної вигоди до різновидів суспільно небезпечних наслідків у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Використовуючи комплексний підхід, наголошено на залежності кримінально-правового регулювання від реалізації принципу верховенства права та окремих його складників, зокрема, правової визначеності та законності. Автори статті здійснили спробу віднайти кримінально-правовий зміст категорії «упущена вигода», досліджуючи окремі аспекти суміжних понять «школа», «збитки» та проаналізувавши загальний та цивілістичний підходи до визначення окреслених категорій. Здійснено діахронний аналіз норм Кримінального кодексу України 1961 року та проекту Кримінального кодексу України від 18 січня 2022 року та аналіз родового об'єкта службових кримінальних правопорушень у розділі 17 чинного Кримінального кодексу України від 2001 року. Враховуючи результати діахронного аналізу, зазначено про невіднесення законодавцем упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків до прийняття чинного Кримінального кодексу України. Стверджено про наявність тенденції до використання широкого підходу до визначення характеру службових кримінальних правопорушень, зокрема, через заміну поняття «збитки» категорією «школа» та тенденції до конструювання формальних складів службових кримінальних правопорушень на протипагу матеріальним, що закріплені у чинному Кримінальному кодексі України. Проаналізовано ціннісні орієнтири, які впливають на вирішення проблематики віднесення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Запропоновано власний підхід до категорії «належне виконання функцій та повноважень», що має теоретичний та практичний характер. Авторами розглянуто класичний приклад кваліфікації суспільно небезпечного діяння за статтею 364 Кримінального кодексу України та констатовано перевагу необхідності дотримання формальної процедури над отриманням «вторинної вигоди», а також наголошено на необхідності подальших наукових досліджень з окресленої тематики.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, службова особа, суспільно небезпечні наслідки, упущена вигода, школа.

The article is devoted to the problem of incorporation of loss of profit to the types of socially dangerous consequences in criminal offenses in the area of official and professional activity related to the provision of public services. Applying an integrated approach, the dependence of criminal legal regulation on the implementation of the principle of the rule of law and its separated components, in particular, legal certainty and legality, is emphasized. The authors of the article have made an effort to find the criminal law meaning of the term "loss of profit" while exploring some aspects of related terms of "damage" and "losses" and analyzing common sense and civil law approach to the determination of the outlined terms. The diachronic analysis of the norms of the 1961 Criminal Code of Ukraine, the project of the Criminal Code of Ukraine on January 18, 2022, and the analysis of the general object of official misconduct in section 17 of the 2001 Criminal Code of Ukraine performed. Based on the results of the diachronic analysis, it is emphasized the non-incorporation of the loss of profit to socially dangerous consequences by lawmakers until the setting up of the 2001 Criminal Code of Ukraine. The tendency for using a broad approach to the determination of the nature of official misconducts in particular, because of the replacement of the "losses" with the term "damage" approved as well as the tendency to construct formal compositions of official misconducts as opposed to material ones, which embodied in 2001 Criminal Code of Ukraine. There is the analysis of the value orientations, which affect the resolving the problem of incorporation of loss of profit to socially dangerous consequences in criminal offenses in the area of official and professional activity related to the provision of public services. The offered authors' approach to the term "appropriate implementation of the functions and powers" has theoretical and applied nature. The authors consider a classic example of the qualification of a socially dangerous act in article 364 of the Criminal Code of Ukraine and the advantage of following the formal procedure over obtaining a "secondary benefit" ascertained, the need for further research on the outlined topic emphasized.

Key words: criminal offense, official person, socially dangerous consequences, loss of profit, damage.

Постановка проблеми. Євроатлантичні прагнення народу України як єдиного джерела влади в Україні зумовлюють низку зобов'язань держави та визначають необхідність наближення національного законодавства до міжнародних та регіональних європейських стандартів. У цьому розрізі відповідність кримінально-правового регулювання принципу верховенства права набуває особливої актуальності. Питання пов'язані із повсякчасною науковою дискусією довкола окремих елементів та ознак складу кримінального правопорушення зумовлені необ-

хідністю побудови передбачуваних норм права та досягнення належної реалізації принципів законності та юридичної визначеності, а також правильного застосування законодавства при здійсненні кваліфікації під час кримінального провадження. Практичне значення наукової розробки проблематики включення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, насамперед, зумовлене питанням можливості доказування

та в подальшому притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення службового кримінального правопорушення у разі, якщо суспільно небезпечні наслідки як необхідний елемент матеріального складу такого кримінального правопорушення представлені винятково у вигляді упущеної вигоди, а не реальних збитків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукові дослідження пов'язані із питаннями визначення складів кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, зокрема щодо видів суспільно небезпечних наслідків службових кримінальних правопорушень, були предметом наукових праць багатьох науковців та науковиць у галузі кримінального права, наприклад, Тютюгіна В. І., Навроцького В. О., Шиндель Ю. І., Яциніної М.-М. С., тощо. Питання упущеної вигоди як різновиду суспільно небезпечних наслідків службових кримінальних правопорушень, на нашу думку, потребує додаткового вивчення та аналізу, зумовлених повсякчасними змінами кримінально-правового регулювання та тенденціями до виключення суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки зі складів кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Мета статті. Автори цієї наукової статті мають на меті здійснити узагальнення окремих теоретичних та прикладних аспектів проблематики включення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків у складі кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Вклад основного матеріалу. Нормативні положення Основного Закону України визначають характер правового регулювання в межах усіх галузей національного права. Закріплення у Конституції України принципу верховенства права та визнання України, серед іншого, правовою державою сприяє забезпеченню прав та свобод людини і громадянина та законних інтересів осіб. Принцип верховенства права або, за визначенням судді Конституційного Суду України Головатого С. П., – правовладдя, є фундаментальною засадою, що визначає зміст норм національного законодавства, зокрема, Закону України про кримінальну відповідальність (далі – ККУ).

З одного боку, сутність і змістовне наповнення верховенства права є дискусійними питаннями серед науковців і науковиць, а з іншого боку – Європейська комісія «За демократію через право» (далі – Венеційська комісія), виходячи із концепції правовладдя запропонованої Бінгемом Т. визначає наявність консенсусу щодо складників верховенства права, що сприяє кращому розумінню цього основоположного принципу. Так, до складових верховенства права відносять: законність, правову визначеність, заборону свавілля, доступність правосуддя, дотримання прав людини та недискримінацію, рівність перед нормами права [1, с. 177].

Особливої уваги в аспекті цього наукового дослідження, на нашу думку, заслуговує принцип правової або юридичної визначеності та його вплив на кримінально-правове регулювання суспільних відносин. Так, Конституційний Суд України (далі – КСУ) виробив основні підходи до розуміння правової визначеності. КСУ вказує, що правова передбачуваність та правова визначеність необхідні для того, щоб учасники правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій [2]; юридична визначеність передбачає, що законодавець повинен прагнути до чіткості та зрозумілості у викладенні норм права, кожна особа відповідно до конкретних обставин має орієнтуватися в тому, яка саме норма права застосовується у певному випадку, та мати чітке розуміння щодо настання конкретних правових наслідків у правовідносинах з огляду на розумну та передбачувану стабільність норм права [3].

Зазначене вище демонструє, що неузгодженість щодо віднесення або невіднесення упущеної вигоди до різновидів суспільно небезпечного наслідку у службових кримінальних правопорушеннях та відсутність чіткого розуміння кримінально-правового змісту цієї категорії може бути загрозою для юридичної визначеності і передбачуваності, що у свою чергу може призвести до порушення принципу верховенства права.

Продовжуючи дослідження в межах тематики наукової статті, зазначимо, що суспільно небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою кримінальних правопорушень із матеріальним складом та загалом розуміються як шкода, що заподіюється або реально може бути заподіяна охоронюваним об'єктам через вчинення кримінального правопорушення. Серед іншого, шкода повинна бути конкретизована та чітко окреслена у нормативних положеннях ККУ. При цьому, підкреслимо, що ККУ не містить визначення поняття «шкода» та його складових, хоча воно зустрічається у тексті нормативно-правового акту численну кількість разів, тому, у першу чергу, вбачається за необхідне проаналізувати підходи до розуміння категорії «шкода».

Великий тлумачний словник української мови має декілька дефініцій шкоди. Так, остання може бути визначена як матеріальні втрати, збитки; людські жертви, втрата когось; збитки, втрати, неприємності тощо, що є наслідком яких-небудь дій, учинків. Також словник містить різновиди шкоди, а саме: матеріальну та моральну шкоду, що відповідно визначені як майнові та/чи грошові збитки, спричинені юридичній або фізичній особі; та страждання заподіяні фізичній особі внаслідок фізичного або психічного впливу, що спричинило погіршення або позбавлення можливостей реалізації нею своїх звичок і бажань, погіршення відносин із оточуючими людьми, інші негативні наслідки морального характеру [4, с. 1624].

Не потрібно також забувати, що шкода є одним із фундаментальних понять цивільного права, що знайшло своє відображення у численних наукових працях цивілістів та цивілісток, а її окремі аспекти визначаються безпосередньо Цивільним кодексом України (далі – ЦКУ), тому задля кращого розуміння не буде зайвим звернутись до підходів вироблених у цивільному праві.

Так, Митрофанов І. І. та Гайкова Т. В., аналізуючи доктринальні підходи до змістовного наповнення шкоди, дійшли висновку, що під шкодою розуміється знищення або зменшення особистого чи суспільного блага; шкода може бути заподіяна не тільки майну, але й людині або діловій репутації юридичної особи. При цьому, вони вказують, що у цивільному праві розрізняється майнова та моральна (немайнова) шкода. Важливо підкреслити, що у цивільному праві проблемним є питання співвідношення шкоди та збитків. Законодавець оперує цими поняттями по-різному: в одних статтях ЦКУ ототожнює збитки та шкоду, позначаючи їх лише терміном «шкода», в інших – указані категорії розмежовуються або використовується лише термін «збитки», або йдеться про відшкодування збитків й інші способи відшкодування майнової шкоди [5, с. 196].

При цьому, загалом, серед цивілістів та цивілісток поширена думка про те, що поняття «шкода» є ширшим за своїм змістом та включає в себе поняття «збитки» і не обмежується ним. Категорія «збитки» за своїм об'ємом включає в себе реальні збитки й упущену вигоду. Під шкодою, окрім іншого, слід розуміти будь-які збитки, завдані особі: як внаслідок правопорушення, так і внаслідок правомірних дій третіх осіб, власних дій чи подій [6, с. 37].

На нашу думку, важливо зазначити, що ЦКУ містить визначення упущеної вигоди, яка законодавцем включається до змісту збитків. Так, відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 22 ЦКУ упущена вигода – це доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якими її право не було порушене [7]. При цьому, варто розуміти,

що під доходом, який є економічною категорією, розуміється збільшення активів і зменшення зобов'язань, що призводить до збільшення капіталу [5, с. 199].

Підсумовуючи, зауважимо, що у цивільному праві категорії «шкода», «збитки» та «упущена вигода» співвідносяться відповідно як загальне, родове та одичне поняття, оскільки зміст шкоди повністю охоплює зміст збитків, які є різновидом майнової шкоди, та включає в себе упущену вигоду.

Як відзначалося у попередніх абзацах наукової статті, ККУ не містить визначення поняття «шкода», але, звернувшись до проекту Кримінального кодексу України від 18 січня 2022 року (далі – проект ККУ), можна знайти визначення, що застосовується для окремого розділу проекту ККУ, де вказано, що шкодою визнається шкода правам чи правоохоронюваним інтересам особи, інтересам суспільства чи держави, або інтересам міжнародного співтовариства, за спричинення якої передбачена юридична відповідальність [8]. При цьому, таке визначення не сприяє розумінню окресленої категорії, оскільки містить логічну помилку – коло у визначенні, тому, у першу чергу, вважаємо за необхідне наголосити на тому, що загалом шкода отожднюється із суспільно небезпечними наслідками, а зміст категорії «шкода» у кримінальному праві повинен визначатись, виходячи із конкретних положень окремих статей ККУ, тому шкода може мати як майновий, так і немайновий характер, що, у свою чергу, підтверджується позицією Башкатова М. та Горбуза А., які дійшли висновку, що шкода завжди має майновий, фізичний, моральний або організаційний характер, а суспільно небезпечні наслідки необхідно розглядати як синонім шкоди. Церетелі Т. В. зазначає, що нанесення шкоди суспільним відносинам є наслідком у широкому розумінні слова, а у вузькому розумінні – це конкретний збиток, передбачений складом кримінального правопорушення [9, с. 128].

Таким чином, виходячи із наведеного, шкода як суспільно небезпечні наслідки вчинення кримінального правопорушення включає у себе упущену вигоду, яка полягає у неодержанні доходів, які могли б бути реально отримані, якби кримінальне правопорушення не було вчинене, тобто повинен існувати причинно-наслідковий зв'язок між упущеною вигодою та вчиненням кримінальним правопорушенням.

Віднайшовши кримінально-правовий зміст упущеної вигоди та визначивши її співвідношення із категорією «шкода», вважаємо за необхідне, продовжуючи дослідження, визначити її належність до суспільно небезпечних наслідків у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Так, сьогодні суспільні відносини щодо належного здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, охороняються розділом 17 ККУ. Склади кримінальних правопорушень, що передбачені цим розділом, містять різні види суспільно небезпечних наслідків, які в одному випадку є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони кримінального правопорушення (матеріальний склад), а з іншого боку – кваліфікуючими або особливо кваліфікуючими ознаками, які суттєво впливають на кваліфікацію та у результаті на вид та обсяг покарання. Разом із тим, усі суспільно небезпечні наслідки можна звести до двох: 1) істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб; 2) тяжкі наслідки.

Спираючись на приписи примітки до ст. 364 ККУ, можна дійти висновку, що зазначені суспільно небезпечні наслідки визначені законодавцем виключно у майновій площині, тобто мова йде про завдання шкоди матеріального характеру, розмір якої впливає на вибір того, який склад кримінального правопорушення потрібно застосо-

увувати: простий, кваліфікований або особливо кваліфікований. Так, відповідно до згаданої примітки істотною шкодою у статтях 364, 364¹, 365, 365², 367 ККУ вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; тяжкими наслідками, у свою чергу, у статтях 364–367 ККУ вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян [10].

Варто зауважити, що такий підхід законодавця, який знайшов своє підтвердження й у практиці Верховного Суду та Верховного Суду України, зокрема у рішенні у справі № 5-99кс16 від 27 жовтня 2016 року, викликає значну кількість критики, але ця проблематика не впливає на питання віднесення або невіднесення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків у службових кримінальних правопорушеннях, оскільки упущена вигода є також складовою майнової шкоди.

Задля вирішення питань, які визначені предметом наукової статті, варто вдатись до: 1) діахронного аналізу становлення складів службових кримінальних правопорушень, дослідивши ККУ 1961 року, чинний ККУ 2001 року та проект ККУ, а також підхід, який застосовується до окреслених приписів кримінального закону; 2) аналізу родового об'єкту, а у випадку необхідності, ще й безпосередніх об'єктів, кримінальних правопорушень, що передбачені розділом 17 ККУ 2001 року, з метою визначення характеру суспільних відносин, що охороняються, та особливостей здійснення такої охорони.

Проведення діахронного аналізу та аналізу родового об'єкту визначатиме подальшу структуру наукової статті та на їхній основі буде побудовано подальше висвітлення проблематики наукового дослідження.

1. Діахронний аналіз. У ККУ 1961 року містився розділ 7 «Посадові злочини», який можна назвати попередником відповідного розділу 17 ККУ 2001 року. Цей розділ передбачав класичні склади службових кримінальних правопорушень: зловживання владою або службовим становищем (ст. 165), перевищення влади або службових повноважень (ст. 166), злочини щодо неправомірної вигоди (хабарництва) (статті 168–171) тощо [11].

1.1. Законодавець у ККУ 1961 року використовував такий спосіб викладення кримінально-правових норм, за яким розкриття основних дефініцій, які мають значення для кваліфікації, відбувалося на початку конкретного розділу особливої частини ККУ. Розділ 7 «Посадові злочини» не був винятком, й у ст. 164 «Визначення понять, що вживаються у статтях цієї глави» були закріплені зміст як «істотної шкоди», так і «тяжких наслідків».

Згідно із ККУ 1961 року істотною шкодою, якщо вона полягає в заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в п'ять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а тяжкими наслідками, за тієї ж умови, вважається шкода, яка в двадцять п'ять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян [11].

Таким чином, зовні можна говорити про певну схожість приписів ККУ 1961 року та ККУ 2001 року, оскільки використовуються тотожні категорії «істотна шкода» та «тяжкі наслідки», що поставлені в залежність від розміру завданої шкоди, яка у свою чергу співвідноситься із розміром неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

Але у той же час, слід звернути увагу на важливу особливість, яка не перейшла до норм ККУ 2001 року. Цією особливістю є використання умови – якщо вона (істотна шкода та тяжкі наслідки) полягає в заподіянні матеріальних збитків. Варто констатувати, що законодавець використовує більш вузьку категорію – «збитки», яка, як вже було розкрито, включається в обсяг поняття «шкода», але не є тотожною йому.

З точки зору формальної логіки згадану умову можна розглядати в декількох аспектах: одного боку – (вузьке

значення), законодавець міг говорити про те, що для констатації наявності суспільно небезпечних наслідків у вигляді істотної шкоди або тяжких наслідків необхідне завдання наслідків матеріального або нематеріального характеру, при чому, в останньому випадку не є необхідним прив'язка таких наслідків до матеріального виміру, тобто фактично не потрібно оцінювати наслідки нематеріального характеру в грошовому вимірі, при цьому, наслідок у вигляді упущеної вигоди взагалі не може розглядатися як суспільно небезпечний в розумінні розділу 7 ККУ 1961 року.

З іншої точки зору – (широке значення), сприйняття упущеної вигоди як суспільно небезпечного наслідку є можливим, проте упущена вигода не прив'язується до оцінки її в грошовому (матеріальному) вимірі, але фактично пов'язується, за своїм характером, до шкоди нематеріального характеру, і наявність будь-якої упущеної вигоди в будь-якому розмірі вже є достатнім для констатації суспільно небезпечного наслідку у вигляді істотної шкоди. Такий підхід не є коректним та не відповідає характеру кримінально-правових норм, що містяться в розділі 7 ККУ 1961 року.

Окреслений вище висновок вбачається правильним через наявність таких логічних помилок, по-перше, незважаючи на інший характер порівняно зі збитками, упущена вигода не позбавлена необхідності здійснення оцінки в грошовому вимірі, вона не є теоретичною або абстрактною категорією, а, навпаки, потребує чіткого встановлення її розміру, а також доведення того, що конкретного розміру дохід особа могла реально отримати у разі, якби її права та інтереси не були б порушені вчиненням службового кримінального правопорушення; по-друге, без встановлення конкретного розміру упущеної вигоди вбачається неможливим диференціація складів службових кримінальних правопорушень на такі, що завдали істотної шкоди, та такі, що завдали тяжких наслідків: якщо завдання істотної шкоди у будь-якому розмірі достатнє для кримінально-правової кваліфікації, гострим є питання застосування конкретного складу службового кримінального правопорушення – простого чи кваліфікованого.

Отже, законодавець у ККУ 1961 року в розділі 7 «Посадові злочини» не передбачав можливості настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді упущеної вигоди.

1.2. Стосовно проєкту ККУ слід зауважити, що підхід до конструювання складів службових кримінальних правопорушень не є остаточним та може бути зміненим робочою групою у подальшому. Поряд із тим, аналіз тих положень, що вже наявні станом на 18 січня 2022 року, є важливим з огляду на те, що це дозволить виокремити нормативні тенденції та краще зрозуміти підходи до конструювання кримінально-правових норм.

Зауважимо, що підхід до формулювання службових кримінальних правопорушень в проєкті ККУ досить кардинально відрізняється від того, що використаний у ККУ 1961 року та чинному ККУ. Так, відповідним складам службових кримінальних правопорушень присвячені розділ 9.4 «Злочини і проступки проти порядку публічної служби», розділ 9.5 «Злочини проти порядку добросовісного виконання службових повноважень у публічній сфері» [8].

Зважаючи на своєрідну «сепарацію» службових правопорушень, тобто їх дроблення між декількома схожими розділами, вважаємо за доцільне продемонструвати наявні тенденції на прикладі складу кримінального правопорушення, що передбачений у ст. 9.4.3 проєкту ККУ «Перевищення влади чи службових повноважень» – аналоги: ст. 365 чинного ККУ, ст. 166 ККУ 1961 року.

Перше, що слід підкреслити, – це те, що за способом конструювання, склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 9.4.3 є формальним. Робоча група фактично відмовилася від використання традиційної кате-

горії «істотної шкоди», яка є обов'язковим елементом об'єктивної сторони «перевищення» простого складу кримінального правопорушення в чинному ККУ та ККУ 1961 року. Стосовно категорії «тяжких наслідків», яка в чинному ККУ та ККУ 1961 року є елементом кваліфікованого чи особливо кваліфікованого складу відповідного кримінального правопорушення, вважаємо за необхідне вказати на те, що у проєкті ККУ у відповідному розділі Особливої частини такої суспільно небезпечний наслідок не передбачений. Єдиною обставиною, що «підвищує тяжкість», відповідно до проєкту ККУ є вчинення службового кримінального правопорушення особливим суб'єктом – службовою особою органу правопорядку. Таким чином, у проєкті ККУ перевищення влади або службових повноважень, а також ряд інших службових кримінальних правопорушень, є суспільно небезпечними в силу вчинення такого суспільно небезпечного діяння, незалежно від ступеня суспільної небезпечності наслідків, що настають.

Аналізуючи системно особливості ККУ 1961 року, ККУ 2001 року та проєкту ККУ, на нашу думку, можна стверджувати про поступове застосування широкого підходу до визначення характеру службових кримінальних правопорушень, зокрема, через використання категорії «шкода», замінюючи поняття «збитки». Наразі відбувається зміщення акцентів в оцінці відповідних кримінальних правопорушень, де першочерговими є не ті суспільно небезпечні наслідки, що настали, а сам факт вчинення діяння, яке є суспільно небезпечним саме по собі.

2. Аналіз родового об'єкту. Уважаємо, що оцінивши суспільні відносини, які охороняються відповідним розділом чинного ККУ, можна зробити висновок стосовно того, чи підпадають під цю охорону відносини, які можуть виникати та/або виникають відносно упущеної вигоди. Зауважимо, що аналіз родового об'єкту тісно пов'язаний із питаннями філософії кримінального права, оскільки передбачає оцінку певних суспільних об'єктів кризь призму моралі та інших соціальних явищ.

Родовим об'єктом розділу 17 ККУ, тобто тими суспільними відносинами, що безпосередньо ним охороняються, є суспільні відносини щодо: а) належного здійснення влади; б) належного здійснення організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій у публічному секторі та окремо у приватному секторі; в) і суспільні відносини щодо належного надання публічних послуг [12, с. 4].

Центральною категорією, яка об'єднує ці види «сепарованих» суспільних відносин в рамках розділу 17 ККУ, є поняття «належності», тобто, цінністю, яка охороняється кримінальним законом, є саме – належне здійснення службових та професійних функцій та повноважень у сфері надання публічних послуг.

Уважаємо, що поняття «належного виконання» в публічному вимірі тісно пов'язане із такими змістовними вимогами верховенства права як: законність, заборона свавілля, та, як вказувалось вище, юридична (правова) визначеність.

Так, Венеційська комісія вказує, що законність передбачає необхідність неухильного дотримання норм законодавства, яка поширюється не лише на фізичних осіб, а й на владні структури, суб'єктів публічного та приватного характеру. Заборона свавілля, в свою чергу, фактично передбачає такий спосіб та порядок виконання своїх обов'язків, щоб це унеможливило прийняття несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень [1, с. 178–179].

Зважаючи на вищезазначене, ми пропонуємо такий підхід до категорії «належного виконання функцій та повноважень» – це заснований на неухильному дотриманні норм законодавства процес (процедура та результат такої процедури) виконання службових

функцій та повноважень у такий спосіб, що унеможливує прийняття несправедливих, необґрунтованих та нерозумних рішень.

У цьому розрізі можна розглянути класичний приклад проблеми кваліфікації суспільно небезпечного діяння за ст. 364 ККУ у ситуації, коли певний спеціальний суб'єкт порушує встановлену законодавством процедуру, але отримує за це, так звану, «вторинну вигоду». Зокрема, державне підприємство (далі – ДП), яке має на підставі певного визначеного нормами права правового титулу нерухоме майно, наділене правом здавати його в найм (оренду) іншим суб'єктам. Порядок укладення договору найму (оренди) чітко визначений чинним законодавством України, проте усупереч цьому порядку, застосовуючи удаваний чи фіктивний правочин, ДП укладає договір найму (оренди) у результаті чого держава не доотримує певну суму коштів, які реально отримала б у разі неухильного дотримання процедури. У той же час, під час досудового розслідування встановлено, що нерухоме майно попитом не користувалося, і до укладення ДП фіктивного або удаваного правочину держава узагалі не отримувала жодного доходу від використання вказаного нерухомого майна.

Необхідно зупинитися на тому, які цінності є важливими для суспільства у межах наведеного прикладу: дотримання норм законодавства, але при цьому суспільство (держава) не отримує матеріальної чи іншої вигоди, оскільки щодо нерухомого майна не укладається договір найму (оренди) та жодного доходу не надходить, або нехтування нормами законодавства заради отримання вигоди, оскільки щодо нерухомого майна укладено договір найму (оренди), хоча і з порушенням процедури, але при цьому суспільство (держава) отримує дохід, тобто відбувається отримання «вторинної вигоди». Іншими словами – важливою є процедура чи результат процедури?

Відповідь залежить від багатьох чинників. Одряду зазначимо, що вважаємо, що цю проблему варто вирішувати на користь дотримання процедури, а не отримання «вторинної вигоди».

Нехтування нормами законодавства із мотивів виправдання цього отриманням «вторинної вигоди» становить значно більшу загрозу суспільству, ніж отримання певного матеріального прибутку. Формальна справедливість націлена на реалізацію фундаментальних принципів та засад, за якими службові особи повинні виконувати свої повноваження в межах та в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Надання свободи у відступі від відповідних норм може гарантовано призвести до порушення основоположних засад національного ладу, які висуваються законодавцем через закріплення у положеннях Конституції України – верховенства права та його складників: заборони свавілля, прийняття явно несправедливих рішень, що в кінцевому результаті може зруйнувати сферу надання публічних послуг.

Висновки. Питання визначення категорій «шкода», «збитки», «упущена вигода» та окреслення співвідношення цих понять є важливим аспектом сучасної правової науки та потребує подальшої наукової дискусії. Актуальність віднесення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків у кримінальних правопорушеннях у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг, зумовлюється необхідністю ствердження принципу верховенства права та його окремих складових. Проблематика віднесення або невіднесення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків у службових кримінальних правопорушеннях, виходячи із здійсненого аналізу, вирішується на користь включення упущеної вигоди до суспільно небезпечних наслідків у службових кримінальних правопорушеннях, оскільки відбувається зміщення акценту від отримання матеріальних благ до суспільної безпеки діяння як такого, навіть за умови отримання «вторинної вигоди». Вказане цілком та повністю підтверджується відображеними у проєкті ККУ від 18 січня 2022 року тенденціями щодо переходу від матеріального до формального конструювання складів кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

ЛІТЕРАТУРА

1. Верховенство права : доповідь № 512/2009 від 4 квіт. 2011 р., схвалена Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні. *Право України*. Вип. 10, 2011. С. 168–184.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Мартинова Володимира Володимировича щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 469 Митного кодексу України № 1-рп/2015 від 31 бер. 2015 р. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-rp/2015.pdf> (дата звернення: 13.02.2022).
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» № 6-п/2019 від 20 черв. 2019 р. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/6_p_2019.pdf (дата звернення: 13.02.2022).
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і гол. ред.: В. Т. Бусел. Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.
5. Митрофанов І. І., Гайкова Т. В. «Шкода» та «збитки»: співвідношення понять. *Вісник КрНУ імені Михайла Остроградського. Сер. Гуманітарні науки*. Вип. 3, 2012. С. 196–200.
6. Єсіпова Л. О. Цивільно-правова сутність понять збитки та шкода. *Часопис цивілістики*. Вип. 18, 2015. С. 33–36.
7. Цивільний кодекс України : закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 13.02.2022).
8. Кримінальний кодекс України : проєкт від 18 січ. 2022 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/01/18/kontrolnyj-proekt-kk-18-01-2022.pdf> (дата звернення: 13.02.2022).
9. Шиндель Ю. І. Суспільно небезпечні наслідки в структурі зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 356² Кримінального кодексу України). *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Сер. Право*. Вип. 15, 2013. С. 126–130.
10. Кримінальний кодекс України: закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 13.02.2022).
11. Кримінальний кодекс України : закон України від 1 квіт. 1961 р. (втрата чинності від 1 вер. 2001 р.) URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0006.html (дата звернення: 13.02.2022).
12. Яциніна М.-М. С. Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України (ст. ст. 364, 364¹, 365² КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2021. 23 с.