

Джерело:

Дудоров О. О., Мовчан Р. О., Драчевський Є.Ю. Відповідальність за службове потурання: порівняльний аналіз чинного і перспективного кримінального закону. *Вісник Луганського навчально-наукового інституту ім. Е.О. Дідоренка*. 2023. Вип. 4. С. 35–57.

## **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СЛУЖБОВЕ ПОТУРАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЧИННОГО І ПЕРСПЕКТИВНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ**

У статті здійснено порівняльний аналіз положень чинного Кримінального кодексу України (КК) і проєкту нового Кримінального кодексу України (проєкт), присвячених потуранню як різновиду причетності до кримінального правопорушення. З урахуванням результатів такого аналізу, а також релевантного зарубіжного досвіду визначено шляхи вдосконалення вітчизняного кримінального закону щодо відповідальності за службове потурання.

На підставі вчення про об'єкт кримінального правопорушення та з огляду на з'ясований зміст родових об'єктів посягань у сфері службової діяльності і проти правосуддя розглянуто питання про оптимальне місцезнаходження заборони, присвяченої бездіяльності працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, та її наступників у системі Особливої частини чинного і перспективного кримінального закону. Підтримано позицію розробників проєкту щодо віднесення потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину і саботажу початку досудового розслідування до кримінальних правопорушень проти правосуддя.

Піддано критиці втілену у чинній редакції ст. 365-3 КК фрагментарність (безсистемність) законодавчого підходу до кримінально-правового реагування на випадки «кришування» правоохоронцями нелегальної діяльності. Показано проблемність кримінально-правової оцінки неохоплюваної диспозиціями статей 365-3 і 426 КК бездіяльності, яка означає потурання. Аргументовано доцільність доповнення КК універсальною нормою, у межах якою передбачалась б відповідальність і за потурання працівника правоохоронного органу вчиненню кримінального правопорушення.

З'ясовано переваги і недоліки статей проєкту «Потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину» і «Саботаж початку досудового розслідування», а також пов'язаних із ними положень про потурання організованій злочинній діяльності, потурання тероризму і потурання командира

(начальника) вчиненню підлеглим злочину або неповідомлення про його вчинення.

**Ключові слова:** потурання, причетність, службова особа, зловживання владою або службовим становищем, бездіяльність влади, кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, кримінальні правопорушення проти правосуддя.

**Постановка проблеми.** 14 липня 2020 р. було ухвалено Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», який ознаменував довгоочікувану легалізацію грального бізнесу. Одним із наслідків прийняття цього Закону стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК) ст. 365-3, якою встановлено відповідальність за бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо згаданої в одночасно оновленій ст. 203-2 КК незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей. За задумом авторів такого законодавчого рішення, ст. 365-3 КК покликана забезпечити протидію випадкам «кришування» правоохоронцями нелегального грального бізнесу, інформація про значну розповсюдженість якого час від часу озвучується у ЗМІ.

Фахівці неоднозначно сприйняли появу нової кримінально-правової заборони. З-поміж іншого включення до КК ст. 365-3 дало новий поштовх для продовження задавненої дискусії з питання про доцільність виокремлення і способи нормативної регламентації кримінальної відповідальності за потурання вчиненню кримінальних правопорушень (далі – к. пр.). Додатковий імпульс ця дискусія отримала через залучення до неї Робочої групи з питань розвитку кримінального права, створеної у складі Комісії з питань правової реформи (далі – робоча група), яка у проєкті підготовленого нею нового Кримінального кодексу України [1] (далі – проєкт) виклала своє бачення вирішення згаданої проблеми.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі кримінально-правові аспекти потурання висвітлювались у працях таких науковців, як Л. Абакіна-

Пілявська, А. Беніцький, І. Газдайка-Василишин, В. Коваленко О. Лемешко, О. Марін, Л. Палюх, О. Смушак, А. Солдатенко, Ю. Фільчакова, І. Чугуніков, М. Шепітько, Ю. Юшина та ін. Водночас мусимо констатувати, що порівняльний аналіз положень КК і проєкту, присвячених потуранню, в юридичній літературі України ще не здійснювався. Необхідністю заповнення такої прогалини у наукових розвідках й обумовлене написання цієї статті.

**Формулювання цілей.** *Метою* пропонованого дослідження є з'ясування переваг і недоліків відповідних положень КК і проєкту, а також (зокрема, з урахуванням релевантного зарубіжного досвіду) визначення перспектив розвитку вітчизняного кримінального закону у вказаній царині.

**Виклад основного матеріалу.** Будучи різновидом (формою) причетності, потурання на нормативному рівні як к. пр. окремого виду у КК не передбачене, однак може бути проявом (складником) к. пр., караних, зокрема, за статтями 365-3, 367, 425, 426 КК. Із цього приводу в юридичній літературі зазначається, що в Особливій частині КК міститься низка статей, якими передбачено відповідальність за окремі види суспільно небезпечних діянь, що за своїми об'єктивно-суб'єктивними характеристиками відповідають ознакам потурання [2, с. 503]. Службове потурання визначається як «умисне або необережне заздалегіть не обіцяне не перешкодження достовірно відомому злочину, що готується або вчиняється, у випадках, коли службова особа повинна була і могла йому перешкодити» [3, с. 11, 14]. Наприклад, у згаданій на початку цієї публікації ст. 365-3 КК йдеться про умисне невжиття працівником правоохоронного органу передбачених законодавством заходів за заявою (повідомленням) про вчинення незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей або приховування виявленої ним такої незаконної діяльності.

Стаття КК «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей» розташована серед норм про службові делікти. Для того, щоб отримати відповідь на питання про (не-)правильність такого законодавчого рішення, слід передусім визначити родовий об'єкт посягань, передбачених розділом XVII Особливої

частини КК «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (далі – розд. XVII). Попри численність відповідних теоретичних підходів, нам загалом імponує позиція М. Мельника, який таким об'єктом називає встановлений законом порядок використання влади, повноважень, становища та пов'язаних з ними можливостей 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, спортсменами тощо [4, с. 1123]. З огляду на зміст діяння, описаного у ст. 365-3 КК, можна стверджувати, що результатом вчинення такого діяння стає порушення порядку відносин, охоронюваних розд. XVII.

Однак чи є підстави для визнання цього порядку саме основним безпосереднім об'єктом караної за ст. 365-3 КК бездіяльності працівника правоохоронного органу і чи не слід вважати таким об'єктом відносини правосуддя? Складність поставленого питання пояснюється, зокрема, подібністю об'єктів службових к. пр. і частини к. пр. проти правосуддя. Найперше це стосується групи к. пр. проти правосуддя, які у науці кримінального права позначаються або як посягання на конституційні принципи діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду (згідно з класифікацією залежно від об'єкта), або (згідно з класифікацією залежно від суб'єкта) як к. пр., вчинювані службовими особами, які здійснюють чи забезпечують здійснення правосуддя [5, с. 791]. Вважається, що такі посягання вчиняються «із середини» і полягають у порушенні виконання службовими особами, які ведуть процес, службових обов'язків у судочинстві [6, с. 180]. При цьому якщо стосовно КК йдеться про наявність лише наукових підходів щодо виділення вказаної групи к. пр., то розробники проєкту, рухаючись далі, пропонують законодавчо виокремити розділ із відповідною назвою (розділ 8.2. «Кримінальні правопорушення проти сприяння правосуддю») у структурі норм про к. пр. проти правосуддя (Книга восьма). Щоправда, у цьому розділі планується передбачити

відповідальність не тільки за діяння певних службових осіб, а й за деякі інші посягання на правосуддя.

Викладене дає підстави для висунення гіпотези про те, що бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей є різновидом службових к. пр., який, однак, посягає на один із сегментів відносин, охоронюваних розділом XVIII Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти правосуддя» (далі – розд. XVIII), – належну діяльність органів, які здійснюють або забезпечують здійснення правосуддя. У контексті здійснюваного нами кримінально-правового аналізу потурання важливо, що цей факт свого часу відмітив О. Лемешко, який зробив висновок про те, що службове потурання вчинюваному злочину є самостійним різновидом службового зловживання у сфері правосуддя, який характеризується специфічними видовими ознаками, особливостями та який потребує законодавчого закріплення [7, с. 155, 157, 184–185].

Тісний зв'язок між відповідними групами деліктів підтверджується і зверненням до зарубіжного досвіду, який засвідчує, що парламентарії багатьох держав (зокрема, країн «східної» гілки романо-германської кримінально-правової системи) консолідували відповідальність за злочини проти правосуддя, службові злочини, а також деякі інші види злочинів (проти порядку управління тощо) у межах єдиних загальних глав (розділів) із назвою «Злочини проти державної влади» (або проти функціонування органів державної влади тощо) (розд. XI КК Азербайджану, розд. XI КК Аргентини, розд. XIII КК Білорусі, гл. 8 КК Болгарії, розд. 11 КК Вірменії, розд. IX КК Киргизії, розд. X КК РФ, розд. XIII КК Таджикистану, розд. X КК Туркменістану тощо). У деяких інших країнах норми про відповідальність і за службові к. пр., і за к. пр. проти правосуддя об'єднані в рамках єдиних структурних підрозділів з умовною назвою «Службові злочини» (гл. XXXIX КК Грузії, розд. XIX КК Іспанії, гл. 9 КК КНР, розд. XXVIII КК Нідерландів тощо). У КК Данії, наприклад, відсутня спеціальна глава, присвячена охороні відносин у сфері правосуддя; при цьому караність низки

відповідних посягань (незаконний арешт, ув'язнення, обшук тощо) передбачена у гл. 16 «Злочини, вчинені при здійсненні державних функцій».

На відміну від згаданих іноземних аналогів, побудова Особливої частини вітчизняного КК передбачає виділення двох окремих розділів, присвячених охороні службових відносин і відносин правосуддя. За такого традиційного підходу для відповіді на питання про правильність місцезоташування тієї чи іншої заборони, якою передбачено відповідальність за багатооб'єктне к. пр., вирішальне значення має основний безпосередній об'єкт, а конкретніше – зміст (соціальний зв'язок) охоронюваних кримінально-правовими нормами суспільних відносин. Якщо буде з'ясовано, що будь-який прояв певного службового делікту супроводжується обов'язковим порушенням відносин правосуддя (як це має місце у випадку вчинення к. пр., передбачених статтями 371–374 КК), то відповідна заборона має знаходитись у розд. XVIII; якщо ж відносини правосуддя виступають лише однією з альтернативних сфер службових відносин, які (поряд з іншими) можуть бути порушені в результаті вчинення діяння, то відповідна стаття повинна бути розміщена серед заборон, присвячених «класичним» службовим к. пр.

Зміст діяння, описаного у ст. 365-3 КК, дозволяє стверджувати, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого цією статтею, є суспільні відносини, які забезпечують встановлений законодавством порядок реагування відповідними суб'єктами на факт виявленого або такого, що став їм відомим із заяв чи повідомлень, вчинення певного к. пр. – незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей (ст. 203-2 КК). При цьому варто мати на увазі те, що законною реакцією на виявлення такого к. пр. працівником правоохоронного органу має бути або невідкладне внесення відомостей про нього до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) (якщо мова йде про слідчого, дізнавача або прокурора (ст. 214 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК)), або повідомлення про це відповідним органам для подальшого відкриття кримінального провадження (наприклад, якщо відповідна

незаконна діяльність була виявлена працівниками патрульної служби МВС України).

На перший погляд, визначений характер антисуспільної спрямованості бездіяльності працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей не повинен залишати сумнівів у доречності розміщення заборони, присвяченої цьому злочину, серед норм про відповідальність за к. пр. проти правосуддя. Однак, якщо проаналізувати як зміст описаних у розд. XVIII діянь, так і наукові тлумачення родового об'єкта цих к. пр., то ситуація такою однозначною вже не виглядає. Передусім необхідно зазначити, що, незважаючи на критичні зауваження деяких правників [8, с. 220], при тлумаченні поняття «правосуддя» і, відповідно, при визначенні родового об'єкта к. пр., передбачених розд. XVIII, зазвичай використовуються два підходи.

Прихильники «вузького» підходу наполягають на тому, що до родового об'єкта к. пр. проти правосуддя належать лише ті суспільні відносини, які забезпечують реалізацію судовою владою своїх функцій, що здійснюються в рамках відносин щодо здійснення судочинства; організаційно-управлінські ж відносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням судової влади, виходячи з їх правової природи, об'єктом кримінально-правової охорони, яку уособлює розд. XVIII, охоплюватися не повинні. Водночас серед науковців значно більшу підтримку отримав «широкий» підхід до трактування правосуддя як об'єкта кримінально-правової охорони, прибічники якого переконані в тому, що під цим об'єктом необхідно розуміти не тільки специфічну діяльність суду, а й діяльність органів та установ, які сприяють йому в цьому. Таке розуміння правосуддя зумовлено тим, що без функціонування відповідних органів та установ (органів досудового розслідування, прокуратури тощо) і діяльності уповноважених на участь у судочинстві осіб здійснення правосуддя судом було б неможливе.

З цього приводу чітко висловлюється М. Шепітько: «Без діяльності органів досудового розслідування, без реалізації змагального процесу та функції судового контролю та без наявних висновків у вигляді обвинувального акта чи інших прийнятих рішень суд залишається без роботи, оскільки сам суд не здатний

здійснити правосуддя без попередньої вагомої роботи органів та учасників кримінального провадження на попередній стадії. Так само без участі органів прокуратури та адвокатури неможливо здійснити змагальний судовий процес» [9, с. 238]. У назві розд. XVIII поняття «правосуддя» вживається не в процесуальному («вузькому») розумінні, а в матеріальному («широкому») розумінні. Кримінально-правова охорона як нормальної діяльності судів, так і органів та осіб, які сприяють суду в реалізації завдань і функцій правосуддя, в межах одного розділу Особливої частини КК є правильним рішенням українського законодавця [10, с. 176–177]. До слова «широкий» підхід втілений і в проєкті, в якому відповідальність за діяння, норми про які об'єднано в межах розд. XVIII, передбачається трьома розділами, виокремленими у межах згаданої Книги восьмої «Кримінальні правопорушення проти правосуддя». Це – розділ 8.1 «Злочини проти основ правосуддя», розділ 8.2 «Кримінальні правопорушення проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку» і розділ 8.3 «Кримінальні правопорушення проти порядку виконання судового рішення».

Зважаючи на викладені аргументи, «широкий» підхід, сприйнятий і законодавцем, і розробниками проєкту, вважаємо більш переконливим. Однак навіть з урахуванням сказаного ми не можемо стверджувати, що місцерозташування заборони, присвяченої бездіяльності працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, є неправильним. Адже діяльність, порядок здійснення якої охороняється за допомогою ст. 365-3 КК, відбувається до внесення відомостей про к. пр. до ЄРДР, тоді як у відповідних статтях, передбачених розд. XVIII, і багатьох тлумаченнях родового об'єкта к. пр. проти правосуддя (навіть у його «широкому» розумінні), йдеться про діяльність, яка відбувається вже *після відкриття кримінального провадження*. Тому постає питання: чи є підстави для включення до родового об'єкта к. пр. проти правосуддя відносин, пов'язаних із реагуванням на виявлені факти к. пр., – із внесенням відомостей про к. пр. до ЄРДР?



На нашу думку, за умови сприйняття «широкого» тлумачення поняття правосуддя як об'єкта кримінально-правової охорони відповідь на поставлене питання має бути ствердною. Крім згаданої раніше ст. 214 КПК, нормативним підґрунтям для такої відповіді слугує ст. 303 КПК, в якій йдеться про можливість оскарження бездіяльності слідчого, дізнавача, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про к. пр. до ЄРДР після отримання заяви чи повідомлення про к. пр. Той факт, що можливість такого оскарження регламентована тією ж самою статтею КПК, якою передбачено можливість оскарження й інших здійснюваних під час досудового провадження рішень, дій чи бездіяльності слідчого, дізнавача або прокурора, є свідченням органічної єдності всіх цих видів діяльності, спрямованих на досягнення єдиної мети, – забезпечення здійснення правосуддя, суспільні відносини у сфері якого і є одним із видових об'єктів к. пр. проти правосуддя [9, с. 271–273].

Аналогічну думку з цього приводу висловлювала Ю. Юшина, яка писала, що здійснювана від імені держави особливим колом уповноважених кримінально-процесуальним законом посадових осіб правоохоронних органів робота з розгляду та вирішення заяв чи повідомлень про вчинені або підготовлювані злочини є специфічним етапом діяльності органів та осіб, які сприяють процесуальній діяльності суду з виконання функції правосуддя. «Саме на цьому етапі закладається правова гарантія здійснення правосуддя, оскільки призначенням зазначеної діяльності є встановлення наявності або відсутності у вчиненому діянні ознак складу злочину; суспільна небезпека цих діянь полягає в перешкодженні своєчасному розкриттю, припиненню й запобіганню злочинам» [11, с. 5]. Доводячи необхідність перегляду системи кримінально протиправних посягань на правосуддя, М. Шепітько обґрунтовує доцільність включення до цієї системи такого посягання, як відмова від правосуддя, яке є частиною групи «злочинів, які вчиняються на стадії до реєстрації злочину, пов'язані з реєстрацією злочину» і полягає у немотивованій умисній відмові у здійсненні правосуддя, що пов'язується з початком досудового розслідування та/або судового розгляду. Дослідник наголошує на тому, що зміст діяльності учасників кримінального

провадження на стадії досудового розслідування полягає не лише в оцінці цих даних і кваліфікації ймовірного к. пр., а й у початку (ініціюванні) кримінального провадження, збиранні та перевірці даних про подію [9, с. 238]. Тобто фактично мається на увазі діяльність, нездійснення якої працівниками правоохоронних органів охоплюється кримінально-правовими нормами про потурання, включаючи ст. 365-3 КК.

Подібні міркування висловлює і чимало інших фахівців. Так, на переконання О. Лемешка, кримінально-правову заборону щодо службового потурання логічно розташувати серед норм про злочини проти правосуддя, адже це діяння посягає на правомірну діяльність державних органів, які сприяють реалізації правосуддя [7, с. 157]. Незважаючи на те, що потурання охоплюється різними статтями КК, його змістом виступає надання пасивної допомоги особі, яка вчинила злочин, що зумовлює ухилення її від кримінальної відповідальності, а тому основним безпосереднім об'єктом потурання виступають суспільні відносини у сфері правосуддя [12, с. 278].

Заслужовує на увагу і досвід тих країн, які визнають посяганням на правосуддя діяння посадової особи правоохоронних органів, спрямоване на зрив кримінального переслідування. Маємо відмітити, що абсолютно у всіх країнах, – причому представницях як «західної», так і «східної» гілки романо-германської кримінально-правової системи – де існують спеціальні норми про потурання, зрив або перешкодження правосуддю тощо, вони розміщуються серед норм про злочини проти правосуддя, а не про службові делікти (ст. 273 КК Аргентини, ст. 258 КК Бельгії, ст. 288 КК Болгарії, статті 407–408 КК Іспанії, статті 361–362 КК Італії, ст. 433 КК Казахстану, ст. 239 КК Польщі, ст. 369 КК Португалії, ст. 278 КК Туреччини, ст. 241-1 КК Узбекистану, ст. 434-7-1 КК Франції, § 258-а КК ФРН та ін.).

Отже, таке діяння, як службове потурання, порушує передусім відносини правосуддя, через що позицію українського законодавця в частині місцезнаходження заборони, присвяченої бездіяльності працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення

азартних ігор, лотерей, вважаємо помилковою – такою, що не повною мірою відбиває характер антисуспільної спрямованості цього делікту.

Цікаво, що у первісних варіантах проєкту спеціальні норми про потурання (ст. 9.4.4 «Потурання вчиненню кримінальних правопорушень», ст. 9.4.6 «Бездіяльність влади») розміщувались у розділі 9.4 «Кримінальні правопорушення проти порядку публічної служби», тобто, незважаючи на концептуально інший (порівняно з КК) підхід до побудови Особливої частини проєкту, його розробники наслідували закріплену у КК та, як з'ясовано вище, помилкову позицію щодо місцезнаходження відповідних заборон. Натомість у варіанті проєкту, актуальному на момент підготовки цієї публікації до друку [1], потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину (ст. 8.2.9) і саботаж початку досудового розслідування (ст. 8.2.20) віднесено до к. пр. проти сприяння правосуддю, і таке вирішення питання про антисоціальну спрямованість вказаних посягань (їх видовий об'єкт) заслуговує на підтримку.

Схвально слід оцінити і відмову розробників проєкту від назви відповідної статті – «Бездіяльність влади». Така назва, не узгоджуючись із змістом описаних у ній діянь, своїм джерелом мала Модельний КК СНД (ст. 302), положення якого знайшли втілення у законодавстві окремих пострадянських держав (наприклад, ст. 425 КК Білорусії, ст. 370 КК Казахстану, ст. 315 КК Таджикистану). Сприймавши такий підхід, розробники проєкту, щоправда, не врахували того, що у відповідних зарубіжних аналогах (причому закріплених у законодавстві не лише пострадянських країн) йдеться про будь-яку бездіяльність службової особи, з урахуванням чого: 1) у назвах відповідних норм і використовується загальне формулювання «Бездіяльність влади»; 2) ці норми виправдано розміщені серед норм про службові делікти.

У проєктованій же ст. 9.4.6 йшлося лише про один різновид бездіяльності, який стосувався відсутності передбаченого законом реагування на виявлене чи таке, що стало відоме із заяв (повідомлень), к. пр. Тому при обранні назви і місцезнаходження відповідної заборони в системі Особливої частини КК робочій групі варто було спиратися на досвід іншої групи країн, у кримінальному

законодавстві яких існують норми (глави) певного змісту: 1) що розміщені серед норм про посягання на правосуддя; 2) при формулюванні назв яких використовуються не загальні словосполучення на кшталт «бездіяльність влади», а спеціальні назви, які демонструють специфіку діянь. Це, зокрема: перешкоджання покаранню при виконанні посадових обов'язків (§ 258-а КК ФРН), невиконання належних обов'язків і уникнення обов'язку переслідування злочинів (гл. II розд. XIX КК Іспанії), невиконання обов'язку державного службовця щодо повідомлення про злочин (статті 361–362 КК Італії, ст. 278 КК Туреччини), приховування к. пр. від обліку (КК Казахстану, ст. 241-1 КК Узбекистану) або – і цей варіант зустрічається найчастіше – перешкоджання або відмова у здійсненні правосуддя (ст. 273 КК Аргентини, ст. 369 КК Португалії, ст. 434-7-1 КК Франції тощо).

У світлі сказаного і назва, і місцезнаходження ст. 8.2.20 «Саботаж початку досудового розслідування» як «правонаступника» ст. 9.4.6 проєкту в актуальній на сьогодні версії цього документа загалом демонструють поліпшення тексту перспективного кримінального закону.

Повертаючись ж до чинного кримінального закону, відзначимо, що стосовно ст. 365-3 КК не може не поставати і таке питання: чому, виявивши прогалину у кримінально-правовому регулюванні суспільних відносин, законодавець звернув свою увагу на неправомірну поведінку працівників правоохоронних органів саме і тільки щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей? Адже не менш розповсюдженими є прояви «кришування» правоохоронцями й інших, не згадуваних у ст. 365-3 КК видів незаконної діяльності – контрабанди, проституції, торгівлі зброєю, наркоторгівлі, нелегального обігу підакцизних товарів, незаконного видобування корисних копалин тощо. При цьому із перерахованих видів незаконної діяльності хіба що «кришування» секс-індустрії може вважатись співмірним із бездіяльністю щодо грального бізнесу; інші ж аналогічні прояви поведінки правоохоронців видаються більш суспільно небезпечними. Зі сказаного логічно випливає необхідність

внесення змін до КК, зокрема його доповнення універсальною нормою про відповідальність за потурання працівника правоохоронного органу.

Сутогосно висловлюється О. Марін, який пише, що у випадку зі ст. 365-3 КК ми маємо справу з окремим випадком криміналізації потурання – потурання к. пр., передбаченому ст. 203-2 КК, і така казуїстичність кримінальне законодавство України не прикрашає. При цьому вченим критично оцінюється фактичне вилучення з-під дії КК поведінки, яка є типовою формою потурання, – неприпинення працівником правоохоронного органу к. пр. в інших випадках. Стверджується, що, якщо працівник правоохоронного органу, усвідомлюючи факт вчинення к. пр. іншою особою, з будь-яких міркувань утримується від виконання свого обов'язку з припинення посягання, то його поведінка є суспільно небезпечною і водночас такою, що, як правило, не охоплюється диспозицією ст. 364 КК: обов'язковою ознакою передбаченого нею зловживання є мета одержання неправомірної вигоди, а потурання у формі неприпинення к. пр. здебільшого вчиняється за відсутності такої мети [13, с. 148; 14, с. 240–241]. Справді, не виключається вірогідність невжиття працівником правоохоронного органу передбачених законодавством заходів із реагування на неправомірну поведінку не лише через отримання неправомірної вигоди, а й, наприклад, у зв'язку з небажанням псувати статистичні показники, родинні, близькі або дружні відносини з особою, яка допускає відповідні порушення, бажання вислужитися перед керівництвом, що надає незаконну вказівку щодо бездіяльності.

Тут вважаємо за доречне зазначити і те, що до поширених способів передбаченого ст. 364 КК зловживання службовим становищем в юридичній літературі традиційно відносять і таке діяння, як потурання правопорушенням підлеглих чи підконтрольних осіб, тобто невжиття передбачених законом заходів щодо проведення перевірок чи інших контрольних і наглядових заходів, відсутність належного реагування на виявлені правопорушення та щодо осіб, які їх вчинили [15, с. 72]. При цьому слід (що і робить О. Марін) зважати на зміни ст. 364 КК, внесені на підставі законів від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо

імплементатії до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» і від 13 травня 2014 р. «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». Ці законодавчі зміни призвели до звуження сфери застосування ст. 364 КК, що на сьогодні не дозволяє кваліфікувати за нею діяння, подібні до тих, про які йдеться у ст. 365-3 КК. Як слушно зауважує Є. Письменський, якщо раніше кримінальній відповідальності за зловживання владою або службовим становищем підлягала особа, яка вчинила відповідне діяння, дбаючи про будь-які особисті інтереси або інтереси третіх осіб (наприклад, помста, кар'єризм, бажання приховати недоліки в роботі), спричинивши при цьому істотну шкоду, встановлення злочинного характеру якої в немайновій частині ставало справою правозастосовного угляду, то тепер караним за ст. 364 КК зловживанням владою або службовим становищем є діяння, вчинене лише з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди, а також таке, що спричинило наслідки, зміст яких може визначатися виключно як матеріальна шкода [16, с. 180], яку у випадку із вчиненням злочину, передбаченого ст. 365-3 КК, вирахувати неможливо.

На сьогодні, оскільки у розд. XVII відсутній «аналог» ст. 426 КК, кримінально-правова оцінка бездіяльності, яка означає потурання і не стосується військової сфери (крім випадків, передбачених ст. 365-3 КК), здійснюється, зокрема, за відповідними частинами ст. 365 і ст. 367 КК, що, вочевидь, дозволяє вести мову про заборонене ч. 4 ст. 3 КК застосування кримінального закону за аналогією.

Розробники проекту, долаючи притаманну чинній редакції ст. 365-3 КК, фрагментарність (безсистемність), пропонують визнавати злочином 1 ступеня поведінку працівника органу правопорядку, який всупереч законно покладеним на нього повноваженням і присязі: 1) не запобіг вчиненню злочину, 2) не припинив злочин, що вчиняється в його присутності чи про вчинення якого йому достовірно відомо, або 3) не вжив заходів для затримання особи при вчиненні чи

безпосередньо після вчинення нею злочину (ст. 8.2.9 «Потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину») [1]. Як бачимо, проєктований припис, на відміну від ст. 365-3 КК, розповсюджується на прояви «правоохоронної» причетності до будь-якого злочину, а не к. пр. певного (конкретного) виду.

Узагальнена вказівка на неприпинення злочину (п. 2 ст. 8.2.9 проєкту) є правильною, однак пропонуване робочою групою уточнення злочину, щодо якого має місце такий різновид потурання (злочин, що вчиняється у присутності працівника органу правопорядку або про вчинення якого йому достовірно відомо), видається зайвим, бо воно частково дублює загальну характеристику аналізованого потурання: відповідна пасивна поведінка правоохоронця вчиняється всупереч законно покладеним на нього повноваженням і присязі.

До слова ст. 7.1.10 проєкту, зводячи потурання організований злочинній діяльності саме і тільки до невиконання службовою особою обов'язку щодо припинення відповідного злочину (і це, до речі, узгоджується із традиційним кримінально-правовим розумінням потурання), цілком виправдано не уточнює, що йдеться про злочин, який вчиняється у присутності службової особи або про вчинення якого їй достовірно відомо. Не зовсім, зрозуміло, щоправда (з огляду на специфіку злочину, щодо якого має місце такий різновид потурання, – злочину проти безпеки від організованої злочинної діяльності), чому у ст. 7.1.10 проєкту, як і в його ст. 7.2.10 «Потурання тероризму», суб'єктом названо не працівника органу правопорядку, а службову особу.

Як і ст. 8.2.9 проєкту, позбавлена непотрібної казуїстичності і його ст. 8.2.20 «Саботаж початку досудового розслідування», згідно з якою за цей проступок відповідатиме службова особа, яка: 1) не вжила передбачених законом заходів за заявою (повідомленням) про вчинення к. пр., 2) здійснила незаконний вплив на людину, яка звернулась із заявою (повідомленням) про вчинення к. пр. з метою відмовити її від подання такої заяви (повідомлення), або 3) не вжила передбачених законом заходів щодо виявленого нею кримінального проступку чи злочину 1–4 ступеня тяжкості [1]. Попри свою незвичність, назва ст. 8.2.20 проєкту загалом співзвучна із назвами згаданих вище зарубіжних аналогів, (§ 258-

а КК ФРН, статті 361–362 КК Італії, ст. 278 КК Туреччини, ст. 273 КК Аргентини, ст. 369 КК Португалії, ст. 434-7-1 КК Франції тощо).

Водночас навряд чи можна оцінити схвально те, що в актуальній на сьогодні версії проєкту (на відміну від його первісних редакцій) не знаходить втілення ідея посилення кримінальної відповідальності за службове потурання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, яку свого часу обстоював О. Лемешко [7, с. 161–162]. Натомість парламентарії окремих зарубіжних країн у статтях про приховування диференціюють відповідальність не лише залежно від тяжкості прихованого к. пр. (у ст. 363 КК Італії передбачено посилення відповідальності ще й за потурання злочинам проти особи та держави), а й від того, чи вчинено к. пр. одноособово або за попередньою змовою групою осіб, і наслідків к. пр., зокрема того, чи настали тяжкі наслідки (ст. 433 КК Казахстану і ст. 241-1 КК Узбекистану, відповідно).

Якщо вчинення одного з посягань на правосуддя (перешкоджання встановленню факту та обставин вчинення к. пр., незаконний початок досудового розслідування і безпідставне притягнення до кримінальної відповідальності – статті 8.2.4, 8.2.7, 8.2.10 проєкту, відповідно) щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину підвищуватиме ступінь тяжкості злочину на один ступінь (п. 5 ст. 8.2.2 проєкту) [1], то щонайменше нелогічною є відсутність такого ж підходу до потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину (ст. 8.2.9 проєкту).

Тут не буде зайвим нагадати, що ми як національні експерти негативно оцінили виокремлення казуїстичних норм про відповідальність за потурання діяльності злочинної організації і потурання діяльності терористичної групи (статті 7.1.8, 7.2.9 проєкту станом на 30 січня 2023 р.), запропонувавши робочій групі розглянути питання про доповнення розділу 8.2 проєкту «Кримінальні правопорушення проти сприяння правосуддю» універсальною нормою про потурання к. пр, вчинене прокурором, службовою особою правоохоронного органу, в якій би йшлося про невиконання такою особою покладеного на неї обов'язку із припинення вчинюваного к. пр. [17]. Розробники проєкту, включивши у нього ст. 8.2.9 «Потурання працівника органу правопорядку



вчиненню злочину», позитивно відреагували на згадану пропозицію і водночас чомусь не відмовилась від казуїстичних норм про потурання організований злочинній діяльності (ст. 7.1.10) і потурання тероризму (ст. 7.2.10). Повторимо: ідея посилення відповідальності за «правоохоронне» потурання тяжким чи особливо злочинам цілком може бути реалізована у спосіб включення вказівки на ст. 8.2.9 проєкту до його ст. 8.2.2 «Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь» або ст. 8.2.1 «Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня».

Із викладеного вище випливає, що проєктом пропонується криміналізувати потурання, вчинене не лише працівником органу правопорядку, а й будь-якою службовою особою (згідно з п. 57 ч. 1 ст. 1 ст. 1.4.1 проєкту це – публічна службова особа, військова публічна службова особа, іноземна публічна службова особа, службова особа юридичної особи приватного права) [1], і таке потурання йменується «саботаж початку досудового розслідування». Відповідальність за вказані діяння, як вже зазначалось, пропонується диференціювати: якщо перше визнаватиметься злочином 1 ступеня, то друге – проступком.

Загалом (якщо виходити з доцільності криміналізації службового потурання) такий варіант, який у дещо іншому вигляді (посилення відповідальності офіцера поліції без ранжування к. пр. на злочини і проступки) втілений у ст. 364 КК Італії і ч. 2 ст. 278 КК Туреччини, ми вважаємо вдалим. Задля справедливості відзначимо, що неодноразово згадуваний у нашій праці О. Лемешко послідовно наполягав на іншій позиції, згідно з якою суб'єкт службового потурання має бути спеціально-конкретним – це лише представник влади, представник правоохоронного органу, який не виконав нормативно закріплений обов'язок припинення злочину [7, с. 164, 185]. Водночас слід визнати, що, на відміну від апробованих у більшості інших країн підходів, у межах яких суб'єктом потурання виступає або будь-яка службова особа, або лише правоохоронець, або навіть виключно особа, до службових обов'язків якої входить прийом, реєстрація чи розгляд заяв (повідомлень) про злочини (ст. 433 КК Казахстану, ст. 241-1 КК Узбекистану), запропонований розробниками проєкту підхід дозволяє:

1) визнавати кримінально протиправним потурання не лише правоохоронця, а й будь-якої іншої службової особи; 2) посилювати кримінальну відповідальність, враховуючи особливий правовий статус і «місію» органів правопорядку.

Щоправда, неоднозначно сприймається пропозиція віднести вчинений службовою особою саботаж початку досудового розслідування до проступків, а зловживання службовими повноваженнями чи пов'язаними з ними можливостями (ст. 9.5.4 проєкту) – до злочинів 1 ступеня. Мотиви такого рішення робочої групи виглядають неочевидними. Далі. Якщо потурання організований злочинній діяльності (ст. 7.1.10) і потурання тероризму (ст. 7.2.10) пропонується визнавати злочинами 5 ступеня, то потурання службовою особою (відмінною від працівника органу правопорядку), наприклад, вчиненню вбивству – лише проступком. І це при тому, що вбивство згідно зі ст. 4.1.5 проєкту – злочин 7 ступеня, а смерть людини є видом *особливо тяжкої шкоди* (п. 1 ч. 1 ст. 2.5.6 проєкту), тоді як шкода безпеці від діяльності організованих злочинних груп і шкода безпеці від тероризму – *тяжкою* (п. 8, п. 9 ч. 1 ст. 2.5.5 проєкту). Зрозуміти таку логіку визначення ступенів тяжкості різновидів потурання складно. Вимушені повторити, що це – прояв системної проблеми, притаманної проєкту, яка полягає в тому, що в цьому документі оцінка тяжкості шкоди визначена загалом довільно, так би мовити, за інтуїцією, а пропоноване розмежування видів шкоди насправді є умоглядним [17].

У ст. 8.2.9 і ст. 8.2.20 проєкту відповідальність пропонується диференціювати залежно не лише від суб'єкта, а й від змісту вчинюваних ним діянь. Однак чи все у пропонованій робочою групою диференціації є безспірним?

Зокрема, чому незаконний вплив на людину, яка звернулась із заявою (повідомленням) про вчинення к. пр., з метою відмовити її від подання такої заяви (повідомлення), якщо цей вплив вчинено працівником органу правопорядку, має визнаватись проступком, а не злочином? Хіба суспільна небезпека (соціальна шкідливість) зазначеної поведінки поступається суспільній небезпеці (шкідливості), наприклад, незапобігання правоохоронцем вчиненню злочину (п. 1 ст. 8.2.9 проєкту)?

Чому у ст. 8.2.20, за якою відповідатимуть і відмінні від правоохоронців суб'єкти, а не в ст. 8.2.9 проєкту вказується на невжиття передбачених законодавством заходів: а) за заявою (повідомленням) про вчинення к. пр. і б) щодо виявленого кримінального проступку чи злочину певного ступеня тяжкості? Адже в абсолютній більшості випадків: 1) відповідні заяви подаються саме до правоохоронних органів, з урахуванням чого в Україні і встановлений порядок реагування на ці заяви з боку саме правоохоронців. Так, згідно зі ст. 60 КПК заявником є фізична або юридична особа, яка звернулася із заявою або повідомленням про к. пр. до органу державної влади, уповноваженого розпочати досудове розслідування, тобто до правоохоронного органу; 2) к. пр. виявляються працівниками правоохоронних органів, що і є одним з основних їх завдань.

Невжиття заходів для затримання особи безпосередньо після вчинення нею злочину (п. 3 ст. 8.2.9 проєкту) немає підстав вважати потуранням; останнє як неприпинення (неперешкоджання) злочину не має нічого спільного із незатриманням особи, яке відбувається вже після вчинення нею злочину. Інакше кажучи, основний (предикатний) злочин повинен бути незакінченим, оскільки після його вчинення (закінчення) потурання вже не є можливим. «...потурання можливе на стадії ще незакінченого кримінального правопорушення. Невчинення певних дій, які особа за своїм статусом повинна була вчинити, після закінчення кримінального правопорушення не може визнаватися потуранням і за наявності підстав може розглядатися як інший вид причетності (приховування чи неповідомлення про кримінальне правопорушення) або інший вид кримінально караної діяльності (наприклад, зловживання владою або службовим становищем)» [18, с. 68].

Цю особливість потурання підкреслив і Касаційний кримінальний суд Верховного Суду, який, розкриваючи зміст неприпинення вчинюваного підлеглим к. пр. як альтернативної форми об'єктивної сторони бездіяльності військової влади (ч. 1 ст. 426 КК), підкреслив, що така поведінка фактично є спеціальним видом причетності до к. пр. у виді потурання його вчиненню за відсутності ознак співучасті з підлеглим. За ч. 1 ст. 426 КК кваліфікуються діяння, коли військова

службова особа зобов'язана (особисто або шляхом віддання наказу підпорядкованим особам) вчинити дії, безпосередньо спрямовані на унеможливлення подальшого вчинення підлеглим *розпочатого і незакінченого* к. пр., припинення суспільно небезпечного діяння, відвернення наслідків такого діяння, проте не вчиняє таких дій [19].

Зроблене вище критичне зауваження варто поширити і на ст. 10.5.4 проєкту «Потурання командира (начальника) вчиненню підлеглим злочину або неповідомлення про його вчинення», яка до вказаного потурання некоректно відносить невжиття заходів для затримання підлеглого безпосередньо після вчинення ним злочину.

Принагідно звернемо увагу на висловлену в юридичній літературі думку про те, що бездіяльність, карана за ст. 365-3 КК, має місце вже після вчинення злочину, передбаченого ст. 203-2 КК [20, с. 213]. На наш погляд, склад злочину «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей» слід вбачати і в тому випадку, коли відповідну бездіяльність скоєно щодо ще незакінченої незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей, і саме в цій частині ст. 365-3 КК охоплює поведінку, яка в теорії кримінального права йменується потуранням. Нечисленні матеріали судової практики, пов'язаної із застосуванням ст. 365-3 КК [21; 22; 23], підтверджують правильність обстоюваної нами точки зору.

Якщо працівник органу правопорядку, який всупереч законно покладеним на нього повноваженням і присязі не вжив заходів для затримання особи, яка вчинила злочин, не одразу при його вчиненні чи безпосередньо після його вчинення, а, так би мовити, згодом, то чому таку бездіяльність не варто буде кваліфікувати як злочин, передбачений ст. 8.2.9 проєкту? Чи така пасивна поведінка має розцінюватись як проступок – невжиття службовою особою передбачених законом заходів щодо виявленого злочину (п. 3 ст. 8.2.20 проєкту)? Якщо це мається на увазі, то така логіка розробників проєкту сприймається критично.

Віднесення незапобігання вчиненню злочину до потурання (п. 1 ст. 8.2.9 проєкту) не видається безспірним із теоретичної точки зору, бо потурати «можна тільки тому, що вже існує, здійснюється, виконується, відбувається... потурання можливе лише після того, як вчинення (здійснення) кримінального правопорушення розпочалося» [2, с. 503]. Потуранням є бездіяльність спеціально зобов'язаного суб'єкта, на якого покладено юридичний обов'язок припинення підготовлюваного або вчинюваного злочину [7, с. 66]. Ми не сумніваємось у тому, що потурання в часі може вчинятися і до початку виконання об'єктивної сторони складу основного (попереднього, предикатного) злочину, зокрема на стадії готування до нього, а також у потребі давати однакову кримінально-правову оцінку фактам вчинюваного працівником органу правопорядку протиправного незапобігання злочину і неприпинення вчинюваному злочину. Водночас вказаний нюанс зайвий раз сигналізує про доцільність уточнення назви ст. 8.2.9 проєкту.

Оцінюючи виправданість втіленого у цій проєктованій статті підходу, згідно з яким потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину зводиться до трьох конкретизованих різновидів бездіяльності, хотілося б відмітити, що, з одного боку, такий підхід робочої групи є теоретично виваженим у тому сенсі, що потурання (неперешкодження) к. пр. – «це завжди бездіяльність, яка має виключно за умови, якщо на особу покладений спеціальний обов'язок, і вона має реальну можливість зупинити (перешкодити довести до кінця) те кримінальне правопорушення, яке вчиняється іншою особою» [2, с. 504]. «...потурання вчиненню злочину завжди виражається тільки в злочинній бездіяльності відносно злочинної діяльності третіх осіб» [7, с. 152].

З іншого боку, вартує уваги та обставина, що у кримінальному законодавстві більшості зарубіжних країн, в яких наявні аналоги ст. 8.2.9 проєкту, паралельно існують норми, якими передбачено відповідальність і за активну поведінку – дії. Подібна норма міститься й у проєкті (ст. 9.5.4 «Зловживання службовими повноваженнями чи пов'язаними з ними можливостями»), однак у ній перераховано вичерпний перелік діянь, в якому відсутні ті, що можуть розцінюватись як прояви потурання. Через це може виникнути прогалина у

кримінально-правовому реагуванні на дії працівників органів правопорядку, які означають «кришування» (спрямування досудового розслідування у хибне русло, повідомлення про здійснювані правоохоронцями «рейди», про які особа дізналась у зв'язку з обійманням відповідної посади, надання незаконних вказівок підлеглим щодо, наприклад, проведення перевірок «не в тих місцях» або «не в той час» тощо). До слова справедливими слід визнати і зауваження дослідників, які констатують, що у ст. 365-3 КК порушуються правила формальної логіки: під бездіяльністю розуміється приховування, яке здебільшого проявляється в активній, а не пасивній поведінці [24, с. 9].

З огляду на викладене, ми виступаємо за розширення сфери застосування ст. 8.2.9 проєкту: у ній (поряд із невжиттям передбачених законом заходів за заявою (повідомленням) про вчинення к. пр., незаконним впливом на людину, яка звернулась із заявою (повідомленням) про вчинення к. пр., з метою відмовити її від подання такої заяви (повідомлення)) варто вказати на інше, поєднане з використанням влади приховування к. пр. від обліку. Сказане зумовлює доцільність уточнення назви ст. 8.2.9 проєкту, зважаючи на усталене розуміння поняття потурання у кримінальному праві і поліпшений зміст цієї проєктованої заборони.

У світлі сказаного інтерес становить пропозиція Ю. Юшиної доповнити КК ст. 372-1, в якій би йшлося не тільки про «відмову в прийманні або ухилення від реєстрації заяв, повідомлень, іншої інформації про вчинені або підготовлювані злочини», а й про «перешкоджання здійсненню правосуддя прокурором, слідчим, співробітником органу дізнання шляхом винесення завідомо незаконних постанов про відмову в порушенні кримінальної справи, закриття кримінальної справи, зупинення кримінальної справи, завідомо незаконного скасування прокурором постанови про порушення кримінальної справи» [11, с. 15].

Розмірковуючи над виправданістю вказівки на таке широке коло діянь, передусім хотілося б зазначити, що у розд. XVIII вже міститься низка норм, якими передбачено відповідальність за певні різновиди посягань на передбачений порядок встановлення істини у кримінальному провадженні. Однак, якщо ми

проаналізуємо ці норми, то побачимо, що всі вони (статті 371, 372, 373 КК) спрямовані на кримінально-правове забезпечення реалізації лише другої частини із закріплених у ст. 2 КПК завдань кримінального провадження (того, щоб «жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура»). Про гарантування ж засобами кримінального права того, «щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності», законодавець при конструюванні розд. XVIII «забув», створивши тим самим очевидний і такий, що потребує усунення, дисбаланс.

Слушність наведених міркувань підтверджується і зверненням до відповідних положень кримінального законодавства зарубіжних держав, у більшості з яких характерна для вітчизняного розд. XVIII «однобічність» відсутня. Так, парламентарії пострадянських країн переважно сприйняли підхід розробників Модельного КК СНД (статті 336, 337), встановивши відповідальність не лише за притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності і вчинену з цією метою фальсифікацію доказів, а й за: 1) незаконне звільнення від кримінальної відповідальності; 2) будь-яку фальсифікацію доказів, зокрема таку, яка спрямована на перешкоджання встановленню наявності ознак к. пр. (статті 291 та 294 КК Азербайджану, статті 395 та 399 КК Білорусії, статті 349 та 351 КК Вірменії, статті 334 та 369-1 КК Грузії, ст. 316 КК Естонії, статті 413 та 416 КК Казахстану, статті 339 та 342 КК Киргизії, статті 300 та 303 КК РФ, статті 359 та 360 КК Таджикистану, ст. 194 КК Туркменістану, ст. 230-1 КК Узбекистану). Ще ширше ознаки відповідних складів закріплені у кримінальних кодексах Аргентини (ст. 273), Болгарії (ст. 288), КНР (ст. 399), Польщі (ст. 239), Португалії (ст. 369) і ФРН (§ 258-а), в яких існують норми з назвами «Перешкоджання (зрив) правосуддю», «Відмова від правосуддя» тощо, якими передбачено відповідальність фактично за будь-які діяння, що ускладнюють або зривають кримінальне переслідування винуватих осіб.

З урахуванням очевидної суспільної небезпеки досліджуваних діянь і вивченого іноземного досвіду, не викликає сумнівів необхідність криміналізації такої поведінки, а отже, доповнення розд. XVIII (як і його наступників) відповідною (-ими) нормою (-ами). Водночас ми вже відмічали, що проєктована Ю. Юшиною заборона (як і згадані зарубіжні аналоги) за змістом є значно ширшою за ст. 365-3 КК, адже в ній йдеться не лише про порушення встановленого порядку облікування к. пр., а й про незаконні діяння, які вчиняються вже при відкритому кримінальному провадженні. Вочевидь, через вказану різницю у сформульованій Ю. Юшиною редакції ст. 372-1 КК коло суб'єктів обмежено дізнавачем, слідчим і прокурором, тоді як відповідальність за ст. 365-3 КК може нести будь-який працівник правоохоронного органу, зокрема той, який не наділений повноваженнями на прийняття процесуальних рішень у вже відкритому кримінальному провадженні.

Незважаючи на подібний об'єкт (встановлений законом порядок, дотримання якого виступає гарантією того, щоб кожний, хто вчинив к. пр., був притягнутий до відповідальності), встановлена різниця в юридичній природі таких порушень є достатньою підставою для того, щоб передбачити кримінальну відповідальність за їх вчинення у різних нормах. Доцільність пропонованої диференціації вкотре підтверджується зверненням до зарубіжного досвіду, завдяки чому ми можемо переконатись у тому, що в кримінальному законодавстві низки країн існують норми, присвячені відповідальності за порушення порядку облікування к. пр. Наприклад, у ст. 258 КК Бельгії і ст. 434-7-1 КК Франції передбачено відповідальність за відмову у відправленні правосуддя сторонам, які звернулися до суб'єкта з відповідним процесуальним зверненням; у ст. 408 КК Іспанії – за невчинення активних дій із кримінального переслідування винуватих осіб, про які службовцю стало відомо; у КК КНР (ст. 399) і КК Італії (статті 361–362) – за непередання заяв і повідомлень про к. пр. компетентним органам для початку досудового чи судового розгляду справи; у ст. 235 КК Туреччини – за діяння чиновника, який під час виконання своїх посадових обов'язків дізнався про



вчинення правопорушення, що вимагає відкриття кримінального переслідування, але не почав його чи не передав відповідні матеріали в компетентні органи.

Найбільш близькими за змістом до ст. 365-3 КК слід вважати ст. 433 КК Казахстану, присвячену караності приховування к. пр., і ст. 241-1 КК Узбекистану, в якій йдеться про умисне приховування злочину від обліку. Щодо недоліків цих статей, які, відповідно, не повинні бути допущені при вдосконаленні кримінального законодавства України, то ними, на нашу думку, є:

1) обмеження кола суб'єктів злочину лише особами, до службових обов'язків яких входить прийом, реєстрація чи розгляд заяв (повідомлень) про злочини. Це унеможливорює кримінальну відповідальність інших правоохоронців (наприклад, патрульних поліцейських) (не кажучи вже про інших службових осіб), які, хоч і не мають вказаних повноважень, зобов'язані повідомляти про факт виявлення к. пр. уповноваженим суб'єктам;

2) занадто казуїстичний спосіб викладення ст. 433 КК Казахстану, в якій йдеться лише про незаконні дії або щодо заявника (обман, погроза, умовляння тощо), або щодо самої заяви про вчинення к. пр. (знищення, приховування). Через таке конструювання кримінально-правової заборони поза сферою її застосування опинилися випадки, коли відповідний суб'єкт дізнається про к. пр. не із заяви, а, наприклад, сам виявляє його, однак не вживає передбачених законом заходів.

Зважаючи на цю обставину, ми, з одного боку, рекомендуємо *de lege ferenda* не відмовлятися від використаної у ст. 365-3 КК конструкції «невжиття передбачених законодавством заходів за заявою (повідомленням) про вчинення кримінального правопорушення або приховування виявленого кримінального правопорушення», а з іншого, – поряд із наявною у ст. 8.2.9 проекту вказівкою на бездіяльність зазначити інші, пов'язані з використанням винним своєї влади діяння, вчинені з метою приховування к. пр. від обліку.

**Висновки.** Оскільки службове потурання передусім порушує відносини правосуддя, позицію законодавця в частині розміщення заборони, присвяченої бездіяльності працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей (ст. 365-3 КК), слід визнати

помилковою – такою, що не повною мірою відображає характер антисоціальної спрямованості цього посягання. Натомість така, що зазнала виправданої еволюції, позиція робочої групи стосовно віднесення потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину і саботажу початку досудового розслідування до к. пр. проти сприяння правосуддю заслуговує на підтримку.

Попри соціальну обумовленість включення до КК ст. 365-3, відбиту у ній фрагментарність (безсистемність) законодавчого підходу до кримінально-правового реагування на випадки «кришування» правоохоронцями нелегальної діяльності слід оцінити критично. На сьогодні кримінально-правова оцінка бездіяльності, яка означає потурання та яка не охоплюється диспозиціями статей 365-3 і 426 КК, пов'язана з труднощами, що не в останню чергу зумовлене «реформуванням» ст. 364 КК «Зловживання владою або службовим становищем». Чинний кримінальний закон потребує доповнення універсальною нормою, яка б передбачала відповідальність і за потурання працівника правоохоронного органу вчиненню к. пр. У цьому сенсі статті проєкту «Потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину» і «Саботаж початку досудового розслідування», усуваючи безпідставну казуїстичність, притаманну чинній редакції ст. 365-3 КК, демонструють прогресивність підходу робочої групи.

Водночас присвячені відповідальності за службове потурання положення перспективного кримінального закону містять низку недоліків, які потребують усунення при доопрацюванні проєкту. Це, зокрема: 1) відсутність послідовного (системного) втілення ідеї посилення кримінальної відповідальності за службове потурання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину; 2) довільність визначення ступенів тяжкості різних проявів потурання; 3) неузгодженість назви ст. 8.2.9 проєкту «Потурання працівника органу правопорядку вчиненню злочину» зі змістом її диспозиції; 4) безпідставність визнання потуранням затримання особи безпосередньо після вчинення нею злочину і незапобігання вчиненню злочину; 5) віднесення невжиття передбачених законодавством заходів за заявою (повідомленням) про вчинення к. пр. і щодо виявленого к. пр. до об'єктивної сторони саботажу початку досудового розслідування, а не потурання

працівника органу правопорядку вчиненню злочину; б) непридатність ст. 8.2.9 проєкту для належного кримінально-правового реагування на дії працівників органів правопорядку, які означають «кришування», і необхідність поширення сфери її потенційного застосування на випадки поєднаного з використанням влади приховування к. пр. від обліку. Вдосконалена ст. 8.2.9 проєкту могла б мати назву «Умисне приховування кримінального правопорушення від обліку».

Проблеми конструювання кримінально-правових норм про відповідальність за інші прояви перешкоджання правосуддю можуть і повинні бути вирішені за результатами спеціальних досліджень, проведення яких і слід визнати одним із перспективних напрямів подальших наукових розвідок.

### **Використані джерела:**

1. Кримінальний кодекс України. Контрольний текст проєкту (станом на 14.10.2023 року). [Електронний ресурс] URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/10/15/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-14-10-2023.pdf>. (дата звернення: 20.12.2023).
2. Фільчакова Ю. І. Поняття потурання за кримінальним правом України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 6. С. 502–504. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-6/116>.
3. Абакіна-Пілявська Л. М. Інститут причетності до злочину в кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2014. 20 с.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1360 с.
5. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право : навч. посіб. / за заг. ред. М. І. Хавронюка. Київ : Ваїте, 2014. 944 с.
6. Палюх Л. Класифікація злочинів проти правосуддя. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 2. С. 176–181.
7. Лемешко О. М. Кримінально-правова оцінка потурання вчиненню злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2001. 195 с.
8. Марін О. Родовий об'єкт та система кримінальних правопорушень проти правосуддя в результаті конституційної реформи. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 1. С. 220–226. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.38>.

9. Шепітько М. В. Теоретико-методологічні засади формування системи протидії злочинам у сфері правосуддя : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08; 12.00.09. Харків, 2018. 610 с.

10. Дудоров О.О., Омеляненко М.І., Сабадаш В.П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації : монографія. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2014. 360 с.

11. Юшина Ю. В. Посягання проти правосуддя, що здійснюються у процесі перевірки інформації про вчинені або підготовлювані злочини (кримінально-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Запоріжжя, 2012. 22 с.

12. Смушак О. М. Відповідальність за потурання злочину та його попереджувальний вплив на злочинність. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2013. Вип. 33. С. 274–281.

13. Марін О. Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : навч. посіб. Київ : Дакор, 2021. 272 с.

14. Марін О. К. «Новітні» форми зловживання можливостями спеціального статусу в розділі XVII Особливої частини Кримінального кодексу України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 2. С. 239–242. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-2/58>.

15. Корупційні схеми : їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М. І. Хавронюка. Київ : Москаленко О. М., 2019. 464 с.

16. Письменський Є. О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем : проблеми, тенденції, перспективи. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2017. № 2. С. 179–197.

17. Висновок національних експертів на проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.). [Електронний ресурс] URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>. (дата звернення: 20.12.2023).

18. Лазаренко В. В. Кримінально-правова характеристика приховування кримінального правопорушення : порівняльно-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2021. 222 с.

19. Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17 жовтня 2022 р. у справі № 686/13801/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940469>. (дата звернення: 20.12.2023).

20. Чугуніков І. І. Форми участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення : тенденції розвитку. *Правова позиція*. 2022. № 4. С. 212–218. DOI: <https://doi.org/10.32782/2521-6473.2022-4.40>.

21. Ухвала слідчого судді Октябрського районного суду м. Полтави від 22 березня 2021 р. у справі № 554/1904/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95772451>. (дата звернення: 20.12.2023).

22. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 02 листопада 2022 р. у справі № 757/30310/22-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107195739>. (дата звернення: 20.12.2023).

23. Вирок Шполянського районного суду Черкаської області від 02 листопада 2021 р. у справі № 691/368/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100759372>. (дата звернення: 20.12.2023).

24. Газдайка-Василишин І. Б., Коваленко В. П. Проблеми кримінальної відповідальності працівника правоохоронного органу за бездіяльність щодо незаконно діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей. *Проблеми вдосконалення діяльності правоохоронних органів щодо виявлення, припинення та превенції корупційних проявів: матеріали постійно діючого науково-практичного семінару (м. Львів, 28 травня 2021 року) / упорядник Ю. А. Хатнюк. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2021. С. 6–11.*

## References

1. Kryminalnyi kodeks Ukrainy. Kontrolnyi tekst proiektu (stanom na 14.10.2023 roku). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/10/15/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-14-10-2023.pdf> [in Ukrainian].

2. Filchakova, Yu. I. (2023). Poniattia poturannia za kryminalnym pravom Ukrainy. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal – Legal scientific electronic journal*, 6, 502–504 [in Ukrainian].

3. Abakina-Piliavska, L. M. (2014). Instytut prychnosti do zlochynu v kryminalnomu pravi Ukrainy. *Candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].

4. Melnyk, M. I., Khavroniuk, M. I. et al. (2018). Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. 10-te vyd., pererobl. ta dopov. Kyiv : VD «Dakor» [in Ukrainian].

5. Dudorov, O. O., Khavroniuk, M. I. (2014). Kryminalne pravo : navch. posib. Kyiv : Vaite [in Ukrainian].
6. Paliukh, L. (2018). Klasyfikatsiia zlochyniv proty pravosuddia. *Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo i pravo – Entrepreneurship, economy and law*, 2, 176–181 [in Ukrainian].
7. Lemeshko, O. M. (2001). Kryminalno-pravova otsinka poturannia vchynenniu zlochynu. *Candidate`s thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
8. Marin, O. (2021). Rodovyi ob'iekt ta systema kryminalnykh pravoporushen proty pravosuddia v rezultati konstytutsiinoi reformy. *Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo i pravo – Entrepreneurship, economy and law*, 1, 220–226 [in Ukrainian].
9. Shepitko, M. V. (2018). Teoretyko-metodolohichni zasady formuvannia systemy protydii zlochynam u sferi pravosuddia. *Doctor`s thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
10. Dudorov, O. O., Omelianenko, M. I., Sabadash, V. P. (2014). Kryminalna vidpovidalnist za nezakonni dii shchodo maina, na yake nakladeno aresht, zastavlenoho maina abo maina, yake opysano chy pidliahaie konfiskatsii : monohrafiia. Zaporizhzhia : Zaporizkyi natsionalnyi universytet [in Ukrainian].
11. Yushyna, Yu. V. (2012). Posiahannia proty pravosuddia, shcho zdiisniuiutsia u protsesi perevirky informatsii pro vchyneni abo pidhotovliuvani zlochyny (kryminalno-pravovyi aspekt). *Candidate`s thesis*. Zaporizhzhia [in Ukrainian].
12. Smushak, O. M. (2013). Vidpovidalnist za poturannia zlochynu, ta yoho poperedzhuvalnyi vplyv na zlochynnist. *Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy – Actual problems of improving the current legislation of Ukraine*, 33, 274–281 [in Ukrainian].
13. Marin, O. (2021). Vidpovidalnist za kryminalni pravoporushennia u sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, pov'iazanoi z nadanniam publicznykh posluh : navch. posibnyk. Kyiv : Dakor [in Ukrainian].
14. Marin, O. K. (2021). «Novitni» formy zlovzhyvannia mozhlyvostiamy spetsialnoho statusu v rozdili XVII Osoblyvoi chastyny Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal – Legal scientific electronic journal*, 2, 239–242 [in Ukrainian].
15. Koruptsiini skhemy : yikh kryminalno-pravova kvalifikatsiia i dosudove rozsliduvannia (2019). Za red. M. I. Khavroniuka. Kyiv : Moskalenko O. M. [in Ukrainian].
16. Pysmenskyi, Ye. O. (2017). Pidstavy kryminalnoi vidpovidalnosti za zlovzhyvannia vladoiu abo sluzhbovym stanovyschem: problemy, tendentsii, perspektyvy. *Visnyk Kryminolohichnoi asotsiatsii Ukrainy – Bulletin of the Criminological Association of Ukraine*, 2, 179–197 [in Ukrainian].

17. Vysnovok natsionalnykh ekspertiv na proiekt Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (kontrolnyi tekst stanom na 30.01.2023 r.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf> [in Ukrainian].

18. Lazarenko, V. V. (2021). Kryminalno-pravova kharakterystyka prykhovuvannia kryminalnoho pravoporushennia: porivnialno-pravove doslidzhennia. *Candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].

19. Postanova ob'iednanoi palaty Kasatsiinoho kryminalnoho sudu Verkhovnoho Sudu vid 17 zhovtnia 2022 r. u spravi № 686/13801/16-k. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940469> [in Ukrainian].

20. Chuhunikov, I. I. (2022). Formy uchasti dekilkokh sub'iektiv u vchynenni kryminalnoho pravoporushennia: tendentsii rozvytku. *Pravova pozytsiia – Legal position*, 4, 212–218 [in Ukrainian].

21. Ukhvala slidchoho suddi Oktiabrskoho raionnoho sudu m. Poltavu vid 22 bereznia 2021 r. u spravi № 554/1904/21. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95772451> [in Ukrainian].

22. Ukhvala slidchoho suddi Pecherskoho raionnoho sudu m. Kyieva vid 02 lystopada 2022 r. u spravi № 757/30310/22-k. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107195739> [in Ukrainian].

23. Vyroky Shpolianskoho raionnoho sudu Cherkaskoi oblasti vid 02 lystopada 2021 r. u spravi № 691/368/21. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100759372> [in Ukrainian].

24. Hazdaika-Vasylyshyn, I. B., Kovalenko, V. P. (2021). Problemy kryminalnoi vidpovidalnosti pratsivnyka pravookhoronnoho orhanu za bezdiialnist shchodo nezakonno diialnosti z orhanizatsii abo provedennia azartnykh ihor, loterei. *Problemy vdoskonalennia diialnosti pravookhoronnykh orhaniv shchodo vyjavlennia, prypynennia ta preventsii koruptsiinykh proiaviv : materialy postiino diiuchoho naukovopraktychnoho seminaru (m. Lviv, 28 travnia 2021 roku) – Problems of improving the activities of law enforcement agencies regarding the detection, termination and prevention of corruption: materials of the ongoing scientific and practical seminar (Lviv, May 28, 2021)*. Lviv : Lvivskyi derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav, 6–11 [in Ukrainian].

**Dudorov O.**, Doctor of Legal sciences, Professor, Professor of the Department Criminal Law policy and Criminal Law Educational and Scientific Institute of Law of Kyiv National University named after Taras Shevchenko (Kyiv, Ukraine)

**Movchan R.**, Doctor of Legal sciences, Professor, Professor of the Department

*of Constitutional, International and Criminal Law of Donetsk Vasyl Stus National University (Vinnytsia, Ukraine)*

**Drachevsky E.**, *Doctor of Philosophy in Law,*

*Head of the third investigative department (located in Rivne)*

*of the Territorial Administration of the State Bureau of Investigation*

*(Khmelnyskyi, Ukraine)*

The article provides a comparative analysis of the provisions of the current Criminal Code of Ukraine (CC) and the draft of the new Criminal Code of Ukraine (draft), devoted to connivance as a type of involvement in a criminal offense. Taking into account results of such analysis, as well as relevant foreign experience, ways of improving domestic criminal law regarding liability for official connivance have been determined.

Based on the doctrine of the object of the criminal offense and in view of the elucidated content of generic objects of offenses in the field of official activity and against justice, the question of the optimal location of the ban dedicated to the inaction of a law enforcement officer in relation to the illegal activity of organizing or conducting gambling, lotteries, and its successors in the system of the Special part of the current and prospective criminal law was considered. The position of the project developers regarding classification of the connivance of a law enforcement officer in the commission of a crime and sabotage of the beginning of a pre-trial investigation as criminal offenses against justice is supported.

The fragmented (unsystematic) legislative approach to criminal law response to cases of “cover-up” of illegal activities by law enforcement officers embodied in the current version of Article 365-3 of the CC has been criticized. The problematic nature of criminal law assessment of inaction which is not covered by the provisions of Articles 365-3 and 426 of the CC and which means connivance has been revealed. It is argued that it is expedient to supplement the CC with a universal provision which would provide for liability for the facilitation of a law enforcement officer to commit a criminal offense.

Both advantages and disadvantages of the draft articles “Facilitation of a law enforcement officer to commit a crime” and “Sabotage of the commencement of a pre-trial investigation”, as well as related provisions on facilitation of organized criminal activity, facilitation of terrorism and facilitation of a commander (head) to commit a crime by a subordinate or failure to report have been identified.

**Key words:** connivance, complicity, official, abuse of power or official position, inaction of the authorities, criminal offenses in the field of official activity and professional activity related to the provision of public services, inaction of a law



enforcement officer regarding illegal activities of organizing or conducting gambling, lottery, criminal offenses against justice.