

Богдан Орловський, к. ю. н.

Одеський національний університет імені І.І. Мечникова, Україна

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ ФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ЗДІЙСНЕННЯ СЛУЖБОВИХ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У ПРИЗМІ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВОГО ПІДХОДУ

Bohdan Orlovskiy, PhD in Law

Odesa I.I. Mechnikov National University, Ukraine

THE INSTITUTION OF EXERCISE OF OFFICIAL AUTHORITY: CONCEPTUAL FOUNDATIONS OF FORMATION THROUGH THE PRISM OF COMPARATIVE LEGAL APPROACH

The article considers the possibility of forming the concepts for improvement of the norms of the national criminal law, related to the protection of public officials of the state from dangerous encroachment on the basis of the generalized results of the comparative legal investigation of such norms in the legislation of foreign countries. As part of the comparative legal approach, the author formulates the existing system of foreign categories that characterize this legal institution (name, location, legal nature, subject of action, etc.) and develops the concepts of their adequate implementation to the existing norms of the Criminal Code of Ukraine with the preservation of the system of existing legal positions.

Keywords: conceptual foundations, actions foreseen or permitted by law, official authority, public officials, exercise of official authority.

Постановка проблеми. В теорії кримінально-правової науки одним із найбільш складних питань є процес формування наукових концепцій. Наукова концепція представляє собою певну узагальнену систему поглядів на відповідний процес (явище) або його структурні елементи, що характеризується незавершеністю та дискусійністю та вимагає практичної перевірки. У той же час більшість сучасних кримінально-правових інститутів та їх термінологічна база у процесі свого еволюційного розвитку зароджувались саме із системи відповідних концептуальних наукових поглядів. Не виключенням з цього є й інститут захисту публічних посадових осіб держави від суспільно небезпечних посягань, щодо правової природи якого на сьогоднішній час не склалося єдиного узагальненого погляду. Тому розроблення концепцій його національно-правового формування, шляхом моделювання на підставі результатів компаративістського аналізу зарубіжного кримінального законодавства можливих напрямів удосконалення вітчизняної системи кримінально-правових норм про захист публічних посадових осіб держави від суспільно небезпечних посягань, є важливим питанням для української кримінально-правової науки. Воно надасть можливість, шляхом практичної перевірки, визначити доцільність існування запропонованих автором законодавчих конструкцій у нормах діючого Кримінального кодексу (далі – КК) України.

Актуальність теми дослідження обумовлена відсутністю належно проведеного компаративістського аналізу норм про кримінально-правовий захист від суспільно небезпечних посягань публічних посадових осіб держави у законодавстві зарубіжних країн, відсутністю систематизованих результатів такого аналізу й відсутністю актуальних наукових концепцій, спрямованих на імплементацію прогресивного зарубіжного досвіду у цій сфері в національну кримінально-правову доктрину та законодавство.

Стан дослідження. Порівняльно-правовий аналіз норм про кримінально-правовий захист від суспільно небезпечних посягань публічних посадових осіб держави у законодавстві зарубіжних країн, як і систематизація його результатів та формування наукових концепцій у цій сфері в українській кримінально-правовій науці доки не здійснювалось. Увагу вчених в більшості випадків привертало норми про необхідну оборону в КК окремих європейських країн, чим

займалися, наприклад, Б.В. Волженкін, Л.В. Головка, Л.М. Гусар, І.Д. Козочкін, А.І. Коробєєв, Н.С. Крилова, А.І. Лукашов, В. Д. Пакутін, Л.Н. Смірнова, А.В. Серебреннікова, Є. Н. Трикоз, С. М. Храмов та інші та інші. Інші ж норми, які стосуються кримінально-правового захисту публічних посадових осіб держави у їх дослідженнях окремо не розглядалися.

Метою та задачами статті є: вивчення систематизованих результатів кримінально-правового аналізу норм про кримінально-правовий захист від суспільно небезпечних посягань публічних посадових осіб держави у законодавстві зарубіжних країн із різних правових систем; формування наукових концепцій, спрямованих на імплементацію прогресивних положень зарубіжного законодавства до національної правової системи та їх теоретичне обґрунтування; моделювання концептуальних основ для характеристики інституту здійснення службових владних повноважень в діючих нормах КК України.

Виклад основного матеріалу. Вивчаючи та порівнюючи між собою існуючі норми про кримінально-правовий захист від суспільно небезпечних посягань публічних посадових осіб держави у законодавстві країн континентальної, англо-американської та гібридних типів правових систем, автором було встановлено, що у ряду країн – представників різних типів правових систем у діючих кримінальних кодексах існують норми про «виконання (посадового, публічного чи службового) обов'язку або владних (офіційних) повноважень» та про «дії (діяння), передбачені або дозволені законом чи судовими актами». Зокрема у країнах континентальної правової системи це «здійснення права або виконання обов'язку»¹ (КК Італійської Республіки), «здійснення посадових обов'язків або боргу»² (КК Королівства Іспанія), «дозвіл закону, службовий або професійний обов'язок» (КК Швейцарської Конфедерації) тощо. У країнах англо-американської правової системи це поведінка щодо «виконання публічного обов'язку» (Примірний КК США, КК штату Техас), «виконання офіційних повноважень, обов'язків або функцій» (КК штату Нью-Йорк), «законних повноважень» (КК Австралії). Навіть у країнах змішаної правової системи існує посилання на «дії, вчинені у відповідності із законодавством» (КК Японії) або на «діяння, яке здійснюється відповідно до закону» (КК Республіки Корея).

Переходячи до змісту діючого КК України можна помітити відсутність подібних норм й наявність лише норм про необхідну оборону в ст. 36 цього кодексу³. Однак вітчизняна кримінально-правова наука до такого питання підходить неоднозначно, що проявляється у існуванні двох протилежних за змістом наукових концепцій: 1) прихильники першої (Л.М. Гусар, І.С. Тишкевич, І. В. Ткаченко, М.І. Якубович) за правовим наповненням розглядають дії публічних посадових осіб держави (зокрема працівників правоохоронних органів) пов'язані із захистом від суспільно небезпечних посягань у рамках діючих норм про необхідну оборону, передбачених ст. 36 КК України; 2) прихильники другої (Н. Д. Дурманов, Ю. В. Баулін, В. Н. Козак, Н. Н. Паше-Озерський, Т. Г. Шавгулідзе) розглядають дії таких публічних посадових осіб за своїм правовим наповненням у рамках «виконання службових обов'язків» чи «виконання службового боргу», вважаючи право на необхідну оборону більш притаманним для приватних осіб. Розвиваючи зміст та обґрунтування другої концепції автор сформував низку аргументів, за якими:

1) такі публічні посадові особи є спеціально уповноваженими особами силових органів (структур) держави і наділені законом владними повноваженнями, які не має приватна особа, зокрема вони мають: право перевіряти документи; право затримувати особу; право, при наявності чітко визначених підстав, застосовувати зброю; право проводити огляд речей, які знаходяться при особі та інші спеціальні права;

2) стан необхідної оборони у таких осіб виникає не раптово, як у приватних осіб, а в процесі несення служби та виконання визначених законом спеціальних владних повноважень (наприклад, охорони громадського порядку; розшуку, переслідування особи або її затримання; доставки особи-порушника або злочинця до правоохоронного органу та тримання його під вартою; несення патрульно-постової служби та ін.). Тому такі особи заздалегідь готуються до подібних ситуацій,

¹ Ципія, А.Г. (1991). *Уголовный кодекс Италии. Общая часть и преступления против государства*. Москва.

² Código Penal de España 2010. <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol-articulado-completo-actualizado-con-la-reforma.html>>.

³ Тютюгін, В.І. (2013). *Кримінальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 25 лютого 2013 року)*. Харків: ТОВ «Одисей», 19.

в тому числі і за рахунок професійної та психологічної підготовки, підтримки відповідної ментальної та фізичної форми, в зв'язку з чим вони повинні бути психологічно і фізично готові до дій у відповідних ситуаціях;

3) для публічних посадових осіб здійснення спеціальних владних повноважень є юридичним синтезом (поєднанням) права і обов'язку, за невиконання або неналежне виконання яких вони несуть встановлену законом відповідальність (у тому числі і кримінальну), а не суб'єктивним правом, як для приватних осіб;

4) на відміну від приватної особи вони практично завжди озброєні вогнепальною зброєю та спеціальними засобами і володіють належними знаннями із їх практичного застосування, вони повинні мати і мають необхідний рівень фізичної підготовки;

5) при здійсненні спеціальних владних повноважень та заподіянні в результаті такого здійснення шкоди правопорушнику (злочинцю) у спеціально уповноваженої особи держави, на відміну від приватної особи, виникають додаткові обов'язки (наприклад, викликати слідчо-оперативну групу, надати першу медичну допомогу, вжити заходів до охорони та огороження місця події тощо) та обмеження щодо заподіяння шкоди певним категоріям осіб (малолітнім, жінкам з явними ознаками вагітності, інвалідам);

6) існуючі кримінально-правові норми у статтях 118 та 124 КК України, що встановлюють кримінальну відповідальність за умисне вбивство чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень при перевищенні меж необхідної оборони у своїх санкціях містять певні види покарань, які не можуть застосовуватися до всіх або окремих категорій спеціально уповноважених осіб держави (виправні роботи до працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, обмеження волі до військовослужбовців строкової служби), а також не мають необхідних альтернативних видів покарань (службові обмеження, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців), що обов'язково повинні існувати в якості відповідальності для певної категорії спеціально уповноважених осіб держави (військовослужбовців строкової служби).

Враховуючи викладені аргументи та розвиваючи власну концепцію автор вважає за доцільне запропонувати по аналогії із законодавством зарубіжних країн, де існують норми про «виконання (посадового, публічного чи службового) обов'язку або владних (офіційних) повноважень» та про «дії (діяння), передбачені або дозволені законом чи судовими актами», в діючому кримінальному законодавстві України визначити концепцію характеристики аналогічного за змістом для публічних посадових осіб держави правомірного, суспільно корисного вчинку – «здійснення службових владних повноважень».

Щодо місцезнаходження та правової природи такого правомірного, суспільно корисного вчинку при компаративістському аналізі законодавства зарубіжних країн визначено, що він виступає:

1) у країнах континентальної та змішаної правової системи – підставою звільнення чи виключення кримінальної відповідальності особи. В результаті цього законодавцем його розташовано у Главах, що регулюють підстави звільнення чи виключення кримінальної відповідальності особи і які структурно входять до розділів про склади злочинів чи кримінальну відповідальність, наприклад: Глава II «Підстави, які виключають кримінальну відповідальність» КК Королівства Іспанія, Глава II «Підстави ненастання кримінальної відповідальності чи її пом'якшення» КК Французької Республіки¹, Глава XXIV «Про загальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності» КК Королівства Швеції, Глава VII «Не утворення складу злочину, пом'якшення покарання і звільнення від покарання» КК Японії²;

2) у країнах англо-американської правової системи – виправдувальною обставиною та підставою для визнання поведінки правомірною. В результаті цього законодавцем його розташовано у: Розділі III «Загальні принципи визнання поведінки правомірною» Примірного КК США, Статті 35 «Захисти, пов'язані з виправдувальними обставинами» КК штату Нью-Йорк, підглаві «Е» «Правоохоронні органи» Глави IX «Виправдувальні обставини для звільнення від кримінальної відповідальності» (КК штату Техас), Главі «Захист осіб, управління і забезпечення дотримання закону» КК Канади тощо.

¹ Уголовный кодекс Франции (2002). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

² Уголовный кодекс Японии (2002). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Відповідно до цього у автора виникає концептуальний погляд щодо доцільності розміщення запропонованого правомірного, суспільно корисного вчинку «здійснення службових владних повноважень» саме у розділі VIII «Обставини, що виключають злочинність діяння» (ст. 36-1), оскільки за своєю правовою природою він буде виступати саме обставиною, що виключає злочинність (суспільну небезпечність і протиправність) діяння. Таке обґрунтування здійснено із врахуванням місцезнаходження такого правомірного вчинку в кримінальних кодексах країн континентальної правової системи у главах, які присвячені правовому регулюванню підстав звільнення чи виключення кримінальної відповідальності особи.

Переходячи до концептуальних основ викладення змісту зазначеного правомірного, суспільно корисного вчинку автор звернув увагу на відповідні норми зарубіжного кримінального законодавства, а саме ст. 51 «Здійснення права або виконання обов'язку» КК Італійської Республіки, ст. 32 «Дозвіл закону, службовий або професійний обов'язок»¹ КК Швейцарської Конфедерації, п. 7 ст. 20 «Здійснення посадових обов'язків або боргу» КК Королівства Іспанія, ст. 3.03 «Виконання публічного обов'язку» Примірною КК США, § 9.21 «Публічний обов'язок»² КК штату Техас тощо. У цих нормах за формою здійснення такий правомірний вчинок характеризується через словосполучення «здійснення певного роду дій (діянь)», «здійснення поведінки» під час яких можливе «застосування сили». При цьому словосполучення «здійснення певного роду дій (діянь)» є в більшій мірі характерним для країн континентальної правової системи, а «здійснення поведінки» – для англо-американської. Самі ж по собі дії (діяння) чи поведінка можуть бути закріплені як у загальних рамках (по виконанню посадового, публічного чи службового обов'язку; по здійсненню владних чи офіційних повноважень; які вимагаються або дозволяються законом) так і у певних спеціальних ситуаціях такого правомірного вчинку (наприклад, щодо відбиття насильства, подолання опору, запобігання вчиненню злочину тощо). Ключове словосполучення «застосування сили» (в тому числі і смертельної) в більшій мірі використовується у законодавстві країн англо-американської правової системи, вказуючи на таку можливість: для законного здійснення арешту або обшуку; для запобігання втечі з-під варті чи з місця позбавлення волі; для підтримання порядку і безпеки виправної установи тощо (норми Примірною КК США, КК штату Нью-Йорк, КК Канади тощо).

Зазначене, у своїй сукупності, дозволяє автору сформулювати концептуальні основи характеристики «здійснення службових владних повноважень» в ст. 36-1 розділу VIII КК України наступним чином: «Не є протиправним і не тягне за собою відповідальності вимушене заподіяння шкоди правопорушнику шляхом застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів та вогнепальної зброї спеціально уповноваженою особою держави, яка здійснює свої службові владні повноваження, якщо вона запобігає, припиняє або захищається від здійснюваного правопорушником суспільно небезпечного посягання й не порушує норм спеціального закону, що регулює її діяльність».

При вивченні питання про суб'єкта, який має право здійснювати такий правомірний суспільно корисний вчинок автором встановлено, що у законодавстві зарубіжних країн найбільш розповсюдженими категоріями для його описання є «публічна посадова особа» чи «публічний службовець» (КК Італійської Республіки, Примірний КК США, КК штату Нью-Йорк, КК штату Техас, КК Французької Республіки).

Також зустрічаються такі поняття як «службовець поліції чи поліцейський»³ (КК штату Нью-Йорк, КК Французької Республіки, КК Королівства Швеції), «посадовець або член виборного органу» (КК Швейцарської Конфедерації), «державний службовець або посадовець»⁴ (КК Республіки Аргентина). У країнах англо-американської правової системи розповсюдженими є поняття «особа, що спостерігає за збереженням громадського порядку»⁵ (Примірний КК США, КК штату Нью-Йорк), «офіцер правопорядку» (КК штату Техас, КК Канади).

¹ Уголовный кодекс Швейцарии (2001). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

² Уголовный кодекс штата Техас 2003 (Законодательное собрание штата Техас (63-я законодательная сессия)). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

³ Уголовный кодекс штата Нью-Йорк. <http://constitutions.ru/?p=8102>.

⁴ Уголовный кодекс Республики Аргентины / Науч. редактирование и вступительная статья докт. юрид. наук, проф. Ю. В. Голика, перевод с испанского Л. Д. Ройзенгурта. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 240 с.

⁵ Примерный уголовный кодекс США. Официальный проект Института американского права (1969). Москва: Прогресс.

На основі цього автором висунуто концепцію, що в межах національного кримінального законодавства, з урахуванням наявності великої кількості наділених спеціальними повноваженнями службових осіб, доцільно у змодельованих кримінально-правових нормах про здійснення службових владних повноважень в КК України використовувати узагальнене поняття «спеціально уповноважена особа держави», до якої необхідно відносити «працівника правоохоронного органу, військовослужбовця та інших службових осіб, які законодавчо мають право застосовувати заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та зброю у процесі своєї службової діяльності».

При подальшому компаративістському аналізі автором встановлено й підтверджено наявність окремих елементів звільнення від відповідальності публічних посадових осіб при перевищенні меж застосування сили у рамках виконання службових обов'язків чи повноважень по необережності або пом'якшення покарання у певних випадках. Наприклад: звільнення від кримінальної відповідальності у випадку перевищення меж такого правомірного вчинку по необережності (ст. 55 КК Італійської Республіки); існування можливості пом'якшення покарання за перевищення меж цього вчинку¹ (ст. 64 КК Швейцарської Конфедерації); відсутність кримінальної відповідальності при перевищенні сили, що пов'язане із неможливістю встигнути обміркувати свої дії² (КК Королівства Швеції) тощо.

Враховуючи таку наявність окремих елементів звільнення від відповідальності чи пом'якшення покарання для публічних посадових осіб при перевищенні меж застосування сили у законодавстві зарубіжних країн, автором сформовано концептуальні основи характеристики відповідальності за перевищення заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень, яка полягає «у застосуванні спеціально уповноваженою особою держави такої сили, яка явно не відповідає суспільній небезпечності посягання та обстановці, що склалася на момент його вчинення» й запропоновано концепцію окреслення такої відповідальності у двох окремих складах злочинів в ст.ст. 118 та 124 КК України (умисне вбивство або умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику, вчинене спеціально уповноваженою особою держави при перевищенні заходів впливу, необхідних для здійснення службових владних повноважень).

В рамках компаративістського аналізу автором також встановлено існування в кримінальному законодавстві США спеціальних норм про провокацію з боку публічної посадової особи держави забороненої поведінки особи з метою притягти її у подальшому до кримінальної відповідальності, що виступає виправданням для особи у застосуванні сили (§ 40.05 «Залучення в пастку» КК штату Нью-Йорк, § 8.06. «Провокація» КК штату Техас). На думку автора такі норми теж можуть слугувати базою для розробки подальших наукових концепцій вдосконалення чинного національного кримінального законодавства.

Висновки. Таким чином, на основі систематизованих результатів кримінально-правового аналізу норм про кримінально-правовий захист від суспільно небезпечних посягань публічних посадових осіб держави у законодавстві зарубіжних країн, автором було сформульовано концептуальні основи характеристики зазначеного правомірного, суспільно корисного вчинку в національному кримінальному законодавстві, змодельовано його нормативну конструкцію та основні структурні елементи. На думку автора помірні й раціональні імплементації прогресивних положень зарубіжного кримінального законодавства є одним із важливих напрямків на шляху зближення та адаптації національного кримінального законодавства до загальноєвропейських стандартів.

References:

1. Сурії, А.Г. (1991). *Ugolovnyi kodeks Italii. Obschaya chast i prestupleniya protiv gosudarstva* [Criminal Code of Italy General part and crimes against the state]. Moscow, 163. [in Russian].
2. Código Penal de España (2010). *Despacho de Abogados en Sevilla Consulta*. <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol-articulado-completo-actualizado-con-la-reforma.html>> (2015, kviten, 20). [in Spanish].
3. Туштуєгин, В.І. (2013). *Kryminalnyi kodeks Ukrainy* [Criminal Code of Ukraine]. Kharkiv: Odiseiy, 19. [in Ukrainian].
4. Krylova, N. V., Golovko, L. V. (2002). *Ugolovnyi kodeks Francii* [Criminal Code of France]. St. Petersburg: Uryidiceskiy centr Press, 650. [in Russian].

¹ *Уголовный кодекс Швейцарии* (2001). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

² *Уголовный кодекс Швеции* (2001). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

5. Korobeev, A.I. (2002). *Ugolovnyi kodeks Yaponii* [Penal Code of Japan]. St. Petersburg: Uyridenteskiy centr Press, 226. [in Russian].
6. Serebrennikova, A.V. (2001). *Ugolovnyi kodeks Shveicarii* [Criminal Code of Switzerland]. St. Petersburg: Uyridenteskiy centr Press, 350. [in Russian].
7. Kozochkin, I.D. (2006). *Ugolovnyi kodeks shtata Texas* [Texas Penal Code]. St. Petersburg: Uyridenteskiy centr Press, 576. [in Russian].
8. *Ugolovnyi kodeks shtata Nuy-York* (1996). <<http://constitutions.ru/?p=8102>>. [in Russian].
9. Golik, Yu.A. (2003). *Ugolovnyi kodeks Respubliki Argentina* [Criminal Code of the Republic of Argentina]. St. Petersburg: Uyridenteskiy centr Press, 240. [in Russian].
10. Nikiforov A.S. (1969). *Primernyi ugolovnyi kodeks SHA* [Sample US Criminal Code]. *Oficialnyi proekt Instityta amerikanskogo prava* [The official project of the Institute of American Law]. Moscow: Progress, 303. [in Russian].
11. Belyaev S.S. (2001). *Ugolovnyi kodeks Shvecii* [Criminal Code of Sweden]. St. Petersburg: Uyridenteskiy centr Press, 320. [in Russian].