

Проблема об'єкта. Треба одразу ж зазначити суттєву відмінність між підходами до тлумачення об'єкта службових злочинів в Україні і Швейцарії. Українські склади зловживання владою або службовими повноваженнями та перевищення влади або службових повноважень поширюються не тільки на представників влади, а й на інших службових осіб, в тому числі і на працівників недержавних організацій. *Службовою особою* в швейцарському кримінальному праві може бути тільки представник влади. Це пояснюється іншим підходом до змісту *об'єкта* службових злочинів. Відповідно до швейцарського тлумачення, внаслідок службових злочинів страждають, по-перше, інтереси держави, бо, порушуючи свої обов'язки, службовець не виконує її функцій належним чином; по-друге — інтереси громадськості, якій держава повинна слугувати; а в окремих випадках — права людини і громадянина, які покликані захистити людину від свавілля держави. Саме ці відносини і визнаються *об'єктом посягання*. В світлі такого об'єкта службовими злочинами є різні форми зловживання публічною владою і несумлінного несення державної служби [6, 395]. У разі аналогічних порушень з боку працівника недержавної організації передусім страждають майнові або немайнові інтереси цієї організації. Так, незважаючи на однаковий спосіб скоєння цих злочинів, зловживання службових осіб державних і недержавних організацій визнаються суттєво різними правопорушеннями. Тому в статті будуть розглянуті лише склади *зловживання владою і перевищення влади*.

З об'єктом *зловживання владою і перевищення влади* тісно пов'язане поняття *корупції*. Найновіші визначення корупції описують її як “будь-яке використання службового становища з метою задоволення особистих інтересів за рахунок громадських” [3, 386]. Що слід розуміти під висловом “особисті інтереси”? Тільки матеріальну зацікавленість, як це прийнято в українському праві, чи інші особисті інтереси також? Ст. 312 та 314 КК Швейцарії використовують термін “незаконні переваги”. Судова практика тлумачить його дуже широко. В усякому разі йдеться не тільки про матеріальну зацікавленість, а про задоволення будь-яких, в тому числі нематеріальних інтересів, наприклад, пихи та марнославства.

Корупцією може бути не тільки державна влада, але й комерційні структури. В кримінальному праві Швейцарії зловживання з боку службових осіб комерційних підприємств визнаються господарськими злочинами і тільки в деяких випадках можуть здійснюватися в формах, аналогічних службовим злочинам: наприклад, зловживання довірою (ст. 161), несумлінне ведення справ (ст. 158 КК Швейцарії) та деякі інші. Такі господарські злочини носять назву *корупції економічної системи* [пор.: 2, 1042]. Тому поняття корупції є ширшим за поняття службової злочинності і не зводиться до порушень службових обов'язків, а завжди передбачає задоволення особистих інтересів службової особи незаконним способом.

Тлумачення терміну *влада*. Зловживання посадою (ст. 312 КК Швейцарії) трактується в коментарях як нецільове застосування *влади* [8, 991]. До того ж зловживання *владою* тлумачиться більш вузько, ніж зловживання *посадою*. Коментарі до КК України трактують зловживання владою ширше, ніж нецільове використання повноважень: окрім зловживання службовими повноваженнями, до зловживання владою в українському праві належить ще й використання впливовості службового становища [1, 599]. А в швейцарському праві зловживанням посадою визнається не будь-яке перевищення повноважень, а лише таке, що поєднане із застосуванням публічної влади, з відносинами влади і підпорядкування [6, 397]. Швейцарський Федеральний суд у вироках BGE 101 IV 410, BGE 114 IV 42, BGE 113 IV 30, BGE 108 IV 49, BGE 104 IV 23, BGE 99 IV 14, BGE 88 IV 70, BGE 76 IV 286 тлумачить термін “зловживання посадою” вужче, ніж використання службових повноважень: не будь-яке їх незаконне застосування, а тільки *застосування примусу та видання обов'язкових до виконання розпоряджень в силу публічної влади*.

Приклад. А., державний санатор підприємства-банкрута П., є одночасно найбільшим його кредитором. А. схиляє інших кредиторів до продажу заставленого майна П., завдяки чому повністю погашає свою дебіторську заборгованість. Його діяння не утворює складу зловживання посадою, бо він не застосовував публічно-правового примусу [вирок BGE 76 IV 283].

Також не визнається застосуванням влади привласнення коштів, що були ввірені винному [8, 992]; видача пільгових талонів на проїзд в міському транспорті особам, які не мали права їх отримувати [вирок BGE 88 IV 69], надання переваги власній фірмі під час розподілу державного замовлення [вирок BGE 101 IV 408] та інші дії, які не ґрунтувалися на відносинах субординації, влади та підпорядкування.

Примус повинен бути застосований *в силу посади*. На думку Федерального суду, ця ознака відсутня, коли службова особа під час виконання службових обов'язків вдається до примусу, але не переслідує службової мети [вирок BGE 108 IV 50]. Наприклад, під час затримання В. співробітник поліції відповів на її лайку ударом в обличчя. Федеральним судом було встановлено, що його дії були реакцією на образ з боку потерпілої і не мали на меті зупинити втечу чи спонукати затриману до дачі показань. За відсутністю службової мети такі дії були кваліфіковані Федеральним судом Швейцарії як нанесення побоїв. За висловом Федерального суду, ці дії не ґрунтувалися на публічній владі і потерпіла могла б їх очікувати від будь-кого [вирок BGE 108 IV 50]. Цей висновок обґрунтовано критикує проф. Гюнтер Штратенверт. На його думку, якщо судовий виконавець під час опису майна згвалтує боржницю, про зловживання посадою не може йти мови. Але якщо те ж саме вдіє начальник тюрми щодо однієї з ув'язнених, ми навряд чи будемо заперечувати, що його дії пов'язані з посадою. Жорстоке поводження з ув'язненими з мотивів чистого садизму — це безумовний випадок зловживання посадою, хоча ані цілі, ані відповідні форми примусу до посади не належать [7, 364]. Тому проф. Й. Рееберг і проф. Г. Штратенверт приходять до висновку, що нецільове застосування примусу також слід кваліфікувати як зловживання посадою, бо, за влучним висловом проф. Штратенверта, в цих випадках винний діє “деякою мірою під захистом свого службового становища” [7, 363; див. також: 6, 397]. Використання влади у власних інтересах, всупереч інтересам служби — це й є зловживання владою, його найгрубіша форма [пор.: 7, 363-364].

Застосування насильства є однією з проблем, пов'язаних з вузьким тлумаченням терміну *влада*. Якщо застосування сили не належить до компетенції службової особи взагалі, то ми приходимо до висновку, що такі дії не ґрунтуються на публічній владі. Наприклад, не викликає ніякого сумніву, що під час допиту працівник поліції не має права застосовувати фізичний вплив. Однак швейцарський Федеральний Суд кваліфікує такі дії як зловживання посадою [вирок BGE 99 IV 13, див. також вироки: BGE 104 IV 23, BGE 108 IV 50, BGE 113 IV 30]. Згвалтування начальником тюрми однієї з ув'язнених [6, 397] також було кваліфіковано саме як зловживання владою, хоча такі дії аж ніяк не ґрунтуються на публічній владі. Таким чином, хоча у визначенні Федерального суду Швейцарії відсутня ознака “використання впливовості службового становища”, він фактично нею користується. Проф. Штефан Трехсель, автор коментаря до КК Швейцарії, для вирішення цієї проблеми вважає за необхідне ввести до КК спеціальний склад злочину, аналогічний § 343 КК Німеччини (примушення до дачі показань). Однак вирішення, знайдене українською юриспруденцією, здається більш вдалим: для обґрунтування зв'язку між посадою і дією достатньо, щоб дії службової особи були полегшені завдяки службовому становищу [1, 599; 10, 151].

Тлумачення терміну зловживання. Визначення *зловживання*, які дає в своїх výroках Федеральний суд Швейцарії, суперечливі. У вироку BGE 104 IV 23 він тлумачить зловживання владою як нецільове застосування влади, тобто засто-

сування *прав*, що надає посада, у незаконних цілях. Але згідно з вироком BGE 104 IV 23 зловживанням визнається також застосування *недозволених* засобів у законних цілях [вироки BGE 99 IV 13, BGE 113 IV 30]! Але для того, щоб кваліфікувати такі дії як зловживання посадою за цим другим визначенням, недозволені засоби повинні *явно, грубо* суперечити законній меті. Таке формулювання збігається за змістом із ст. 365 КК України: “умисне вчинення службовою особою дій, які *явно* виходять за межі наданих їй законом прав і повноважень...” Як в українській, так і в швейцарській судовій практиці типовою ілюстрацією цього формулювання є безпідставне застосування сили працівниками правоохоронних органів [напр., вироки BGE 99 IV 13 та BGE 104 IV 22].

Зловживання дискреційними повноваженнями. До неправильного застосування дискреційних повноважень в ст. 312 КК Швейцарії ставляться підвищені вимоги, більш суворі, ніж у ст. 322^{ter} — 322^{sexies} (хабарництво). Якщо винна особа має право в певних межах приймати рішення на власний розсуд (дискреційні повноваження), то ці межі повинні бути *явно* перевищені [вирок BGE 101 IV 412; пор.: 6, 403].

Особливості суб'єктивної сторони. Зловживання посадою потребує умислу щодо діяння і *завідомості* (свідомості) щодо наслідків (отримання вигоди або завдання шкоди)¹. Свідоме отримання вигоди або завдання шкоди не означає наміру досягти вигоди або завдати шкоди. Вона означає лише те, що винна особа розуміє, що її дії потягнуть такі наслідки [6, 398]. Склад зловживання владою в українському праві вимагає спеціального *мотиву*: винний повинен не тільки усвідомлювати можливі наслідки своїх дій, а й бажати їх настання. Завідомість у складі зловживання посадою (ст. 312 КК Швейцарії) охоплює майже ті самі обставини, що й особистий мотив у складі ст. 364 КК України: отримання вигоди винним (в КК України — особисті мотиви, в т. ч. й корисливі), отримання вигоди іншими особами (вчинення в інтересах третіх осіб), завдання третій особі шкоди (також здебільшого особистий мотив або вчинення в інтересах третіх осіб) (див.: вирок BGE 99 IV 14).

Вигода, як і шкода, не обов'язково повинна бути матеріальною. Наприклад, у випадку з побоями під час примушення до дачі показань шкода полягає у фізичному болю. Важливо, що і вигода, і шкода повинні бути *протиправними*. Проф. Йорг Рееберг заперечує, що шкода може бути й правомірною [6, 398]. Як приклад він наводить незаконне проведення обшуку: виявлення під час такого обшуку викраденого майна тягне правомірні негативні наслідки. Ця думка є спірною з точки зору кримінально-процесуального права. За однією з теорій, докази, що були здобуті незаконним шляхом, не можуть прийматися до уваги². Тому в прикладі проф. Рееберга шкода також є неправомірною і він не спростовує традиційної теорії.

Порушення закону повинне усвідомлюватися і охоплюватися умислом. Службовець не несе відповідальності за зловживання посадою, якщо він вважав, що діяв правомірно.

Несумлінне ведення справ охоплює ті випадки зловживання службовим становищем, під час яких службова особа застосовує не адміністративний примус, а цивільний правочин.

Правочін (у дещо неточній термінології нині діючого Цивільного Кодексу України — *угода*³) має місце тоді, коли винна службова особа виступає як суб'єкт цивільного права. Але в деяких випадках Федеральний суд визнавав правочином

¹ Пор. наприклад, ст. 375 КК України (винесення суддями завідомо неправосудного вироку, ухвали, постанови).

² Цей принцип закріплено також в ч. 3 ст. 62 Конституції України.

³ У ЦК України 1922 року використовувався термін “правочин”, що здається точнішим, бо вислів “угода” наводить на думку про двосторонність, хоча угода може бути й односторонньою.

й інші дії, а саме адміністративні акти, які спрямовані на виникнення, зміну та припинення адміністративних, а не приватних прав і обов'язків. Правочином в контексті ст. 314 Федеральний суд визнав видачу дозволу на будівництво [вирок BGE 111 IV 84], встановлення податковою інспекцією суми податку [вирок BGE 114 IV 133].

Такі рішення Федерального суду критикувалися [6, 402; 7, 367-368; 8, 995]. Але така позиція Федерального суду викликана, на нашу думку, тим, що інакше ці дії не підпадали б ані під зловживання владними повноваженнями (пор. викладене щодо зловживання посадою), ані під зловживання повноваженнями щодо вчинення правочинів і залишилися б некараними.

Правочин не обов'язково повинен відповідати всім вимогам цивільного права: він може бути взагалі недійсним. Службова особа може лише створити видимість відносин представництва, в той час як насправді вона діє від свого імені¹. Приклад: голова державної опікунської комісії, який займався питаннями поділу спадкового майна, переконав спадкоємців доктора Б. у необхідності продажу успадкованих акцій, в яких була зацікавлена громада. Але насправді договір купівлі-продажу акцій був ним підписаний не від імені громади, а від власного імені, після чого він перепродав ці акції далі, отримавши значний прибуток [вирок BGE 91 IV 73].

Особливості суб'єкта. За визначенням проф. Штратенверта, суб'єктом несумлінного ведення справ є службова особа, яка уповноважена державою на вчинення певного правочину [7, 367; 6, 402]. Але у вирокі BGE 114 IV 113 Федеральний суд не вимагає, щоб винна особа сама вчинила правочин і навіть не вимагає, щоб вона була на це уповноважена. За цією оспорюваною [7, 368; 6, 402], але пануючою точкою зору достатньо, щоб винна особа мала *вирішальний вплив* на рішення колегіального органу. Вона може навіть не брати участі в голосуванні. Маються на увазі часті випадки прийняття рішення за поданням якоїсь поважної службової особи, подання якої сприймаються на віру і “одноставно” ухвалюються [пор.: вирок BGE 109 IV 172, BGE 114 IV 135]. Як бачимо, Федеральний суд знову, цього разу явно, користується поняттям впливовості службового становища.

Наслідки. На відміну від зловживання посадою, для кваліфікації несумлінного ведення справ необхідне настання наслідків у вигляді шкоди, що завдана державним або громадським інтересам. У судовій практиці немає єдності з приводу цієї ознаки. Федеральний суд визначив лише, як вже зазначалося, що така шкода може бути й нематеріальною [вирок BGE 101 IV 411, BGE 109 IV 170]. Що це конкретно означає, залишається відкритим. Судова практика визнає шкодою в контексті ст. 314 КК Швейцарії, зокрема, “порушення фундаментальних принципів землекористування” [вирок BGE 111 IV 85], “підрив довіри громадян в неупередженість податкових органів та в дотримання принципу рівності громадян перед законом” [вирок BGE 114 IV 135].

Причинний зв'язок. Федеральний суд Швейцарії ставить суворі вимоги до причинного зв'язку. Шкода повинна бути спричинена саме *правочином* або його *правовими* наслідками [див.: вирок BGE 101 IV 411]. У справі, що лежить в основі цього вироку, обвинувачений зірвав переговори щодо укладення важливого для громади договору через свою непристойну поведінку. Але за ст. 314 КК Швейцарії караються дії щодо *вчинення* правочину, а не щодо перешкодження його вчиненню. Тому у названому вирокі обвинувачений був виправданий. Але *діяння* щодо вчинення правочину, *вирішальний вплив* на його вчинення може мати й форму бездіяльності. Наприклад, у справі BGE 109 IV 172 на засіданні ради громади обговорювалося питання про розподіл державного замовлення. Депутат М. не проінформував раду про те, що його фірма, яка отримала державне замовлення, використовує деталі, які не відповідають встановленим стандартам. Використання громадою неналежного обладнання внаслідок його поведінки було розцінено як завдання шкоди державним або громадським інтересам.

¹ Питання відмежування від шахрайства не розглядалося.

3 суб'єктивної сторони несумлінне ведення справ потребує умислу, а також завідомості отримання особистої вигоди або надання вигоди третій особі. Завідомість тлумачиться саме так, як і в контексті статті 312 КК Швейцарії (зловживання посадою).

Таким чином, нам, на нашу думку, вдалося встановити декілька суттєвих відмінностей.

1. Об'єкт і коло суб'єктів зловживання владою в КК Швейцарії безумовно сформульовані більш вузько. КК Швейцарії містить деякі паралелі службових злочинів для службових осіб недержавних організацій (зловживання довірою, ст. 161, несумлінне ведення справ, ст. 158 КК Швейцарії та деякі інші), але коло караних діянь, вчинюваних цими службовими особами, є значно більш вузьким. В основі цього є положення про публічний характер влади.

2. Порівнюючи коло караних діянь, вчинюваних *представниками влади*, ми бачимо, що:

2.1. у сфері зловживань владними повноваженнями криміналізовано менше діянь (тільки зловживання примусом і виданням обов'язкових до виконання розпоряджень), але в колі цих діянь криміналізовано ширше коло суб'єктивних елементів (кримінальна відповідальність наступає вже починаючи з усвідомлення можливості отримання вигоди або завдання шкоди);

2.2. у сфері зловживання адміністративно-господарськими повноваженнями коло караних діянь в українському і швейцарському праві майже збігається.

3. Поділу на зловживання владою і перевищення влади не проводиться, але поділяються дії, що вчиняються в силу відносин влади і підпорядкування, з одного боку, і дії, що вчиняються в рамках цивільно-правових відносин, — з іншого. Перші тягнуть кримінальну відповідальність незалежно від наслідків, другі вважаються вартими покарання, тільки якщо службовець завдав шкоди державним або громадським інтересам. Критерій цього поділу — *наскільки порушення зачіпає права людини*. Виконавча влада в німецькій школі адміністративного права поділяється на *втручально-виконавчу* і *послугово-виконавчу* [4, 44; 5, 82]. До першої відносяться так звані “силові структури”, втручання яких в права людини і громадянина є значно більш небезпечним; ці структури також більш схильні до таких втручань. До другої відносяться природні монополії і органи, які надають державні послуги. Вони менш схильні до втручань в права людини в силу господарського профілю їх роботи. З огляду на те, що права людини вони здебільшого безпосередньо не зачіпають, зловживання з їх боку караються лише тоді, коли вони потягли небезпечні наслідки.

4. Ми бачимо, що склад ст. 312 КК Швейцарії первинно був сформульований як зловживання посадою в особистих цілях, але скоригований судовою практикою таким чином, що він охоплює і перевищення влади під час переслідування законних цілей. Ст. 364, 365 КК України сформульовані так, що охоплювали й використання законних повноважень в незаконних цілях (“використання влади всупереч інтересам служби”) і застосування незаконних заходів в службових цілях (“явне перевищення повноважень”), і використання незволених засобів у незаконних цілях (“використання службового становища всупереч інтересам служби”) і майже не потребували суддівської правотворчості.

5. Зв'язок між дією і посадою за українським правом довести значно легше, ніж за швейцарським (формулювання: “дії, полегшені завдяки службовому становищу”, “використання впливовості службового становища”).

Причини вузького тлумачення терміна “службова дія”, як і зазначених вище понять *службової особи* і *влади*, не впливають з судової практики, їх слід шукати в політиці. Можливо, це пояснюється бажанням законодавця не робити кримінально караним “кожний помилковий крок” державних службовців і намаганням забезпечити у такий спосіб їх незалежність, позбавити від надмірного тиску з боку контролюючих органів.

Ми бачимо, що в цілому українські склади зловживання владою та перевищення влади охоплюють і забороняють ширше коло діянь, ніж швейцарські. Це відбувається внаслідок криміналізації застосування самої лише впливовості посади, її авторитету [1, 599]. Важко без даних соціології оцінити, в якому суспільстві неформальна влада службових осіб сильніша: в українському чи в швейцарському. Безсумнівно лише, що в нашому суспільстві законодавець помітив її раніше і оцінив її небезпеку. Відомо, що криміналізація якогось діяння не завжди є вірним рішенням у боротьбі із ним. Але з урахуванням викладеного здається, що конструкція складів зловживання владою і перевищення влади в діючому Кримінальному Кодексі України дає належну моральну і суспільну оцінку явищам, що ними криміналізуються, і доцільні в ситуації, що склалася в Україні.

Література і судова практика

1. *Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України.* — К.: Юрінком, 1997. — 960 с.
2. *Arzt Gunther, Weber Ulrich. Strafrecht, Besonderer Teil.* — Bielefeld: Gieseking, 2000. — 1120 S.
3. *Brockhaus Enzyklopädie.* — Mannheim: Brockhaus, 1986-1996. — 25 Bände + 1 Erg. bd. — Bd. 12. — 19. Aufl. — 270 S.
4. *Geppert Klaus. Amtsdelikte. //Jura.* — 1981. — S. 42-51.
5. *Höfelin Ulrich, Мьller Georg. Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts.* -Zürich: Schulthess, 1998. — XLVII, 562 S.
6. *Rehberg Jürg. Strafrecht IV.* — Zürich: Schulthess, 1996. — XVI, 478 S.
7. *Stratenwerth Günther. Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II.* — Bern: Stämpfli, 1996. — 437 S.
8. *Trechsel Stefan. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.* Zürich: Schulthess, 1997. — XXXVIII, 1263 S.
9. *Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику в справах про перевищення влади або службових повноважень” від 27. 12. 1985 р. № 12 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. Постанови Пленуму Верховного суду України в кримінальних та цивільних справах.* — К: Юрінком, 1995. — С. 146 — 149.
10. *Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику в справах про хабарництво” від 7. 10. 1994 р. № 12 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. Постанови Пленуму Верховного суду України в кримінальних та цивільних справах.* — К: Юрінком, 1995. — С. 149 — 158.

Д. І. Крупко

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова,
кафедра кримінального права, кримінального процесу і криміналістики,
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ОСНОВНІ ОЗНАКИ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ШВЕЙЦАРІЇ

РЕЗЮМЕ

Составы злоупотребления властью и превышения власти в Украине и Швейцарии имеют много общих признаков. Однако в судебной практике наших стран существует совершенно разное представление о некоторых из них. При этом украинская судебная практика является порою даже более прогрессивной и находит решения, которые только недавно были предложены учеными Швейцарии. В целом уголовный кодекс Украины криминализует более широкий круг деяний.

Ключевые слова: коррупция, должностные преступления, сравнительное правоведение, уголовное право Швейцарии.