

property, moral and physical damage may be caused to economic entities, their owners, and sometimes employees.

Based on the analysis of the provisions of national and international regulatory legal acts, some aspects of a person acquiring the procedural status of a victim in criminal proceedings have been determined. It is determined which criminal offenses can be attributed to the criminal offenses related to raiding. Depending on the nature of the raiders' actions and the damage caused to the victim(s), the latter are classified into the following groups: 1) as a result of which the business entity suffered property damage; 2) those, as a result of which property and moral damage were caused (the latter, as a rule, will be expressed in monetary terms); 3) criminal offenses in connection with the commission of which property and physical damage were caused to the victim; 4) as a result of which property, physical and moral damage was caused to the victim.

It was determined that to prove the type and amount of damage caused to the victim, to find out information about monetary assets or property obtained by criminal illegal means, as well as to secure a civil claim, it is possible to: obtain temporary access to things and documents; conducting forensic examinations; obtaining information from state registers and implementing other procedural measures.

Prospects for further theoretical research and scientific development are outlined, which, in particular, should be aimed at developing scientifically based recommendations for improving investigating criminal offenses related to raiding.

Keywords: criminal offense, forensic technique, pre-trial investigation, raiding, damage, lost profit, damage, procedural action.

DOI: 10.33766/2786-9156.104.120-138

УДК: 343.35

Хавронюк М. І., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Кієво-Могилянська академія» (м. Київ, Україна)

e-mail: kunorvahk@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1304-9298>

ЩОДО ЗМІСТУ ПОНЯТЬ «ШКОДА» ТА «ІНША ОСОБА» В СТАТТІ 364 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У статті акцентовано увагу на вкрай рідких випадках застосування ст. 364 Кримінального кодексу України щодо відповідальності за зловживання владою або службовим становищем. Указано про те, що, за визначенням судів, стаття сформульована з порушенням принципу юридичної визначеності. Зокрема, проблемами є невизначеність змісту понять «шкода» та «інша особа», які застосовуються в статті 364. Більшість науковців і практиків погоджуються з тим, що поняття «шкода» не охоплює собою упущену вигоду, але суди в окремих випадках базують свої рішення на іншій позиції.

Автор наводить аргументи на користь того, що упущена вигода є поняттям приватного права, пряме перенесення якого у кримінальне право є неприпустимим, з огляду на принципи законності, юридичної визначеності та справедливості. З цієї

метою та на основі наведених у статті аргументів запропоновано визначити у Кримінальному кодексі України поняття майнової шкоди, яке змістовно може збігатися з цивільно-правовим поняттям реальних збитків. Запропоновано в КК України передбачити кримінальну відповідальність за незаконне, у тому числі здійснене з порушенням встановленого законом порядку 1) визначення ціни (тарифу, ставки тощо), за якою реалізовано товари, надано послуги чи виконано роботи; 2) надання майна, послуг чи виконання робіт за державний або комунальний рахунок безоплатно, незалежно від того, чи спричинило відповідне діяння майнову шкоду. Його суб'єктом має бути службова особа, яка на державному, комунальному або приватному до них підприємстві здійснює функції, які надають їй можливість визначати ціни (тарифи тощо) або розпоряджатися майном.

Ключові слова: шкода, збитки, упущена вигода, втрачена вигода, неoderжаний прибуток, інша особа, публічна службова особа.

Постановка проблеми. 10 червня 2023 року Верховна Рада проголосувала в першому читанні за проєкт Закону № 8235 «Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України (щодо усунення суперечностей у караності кримінальних правопорушень)», а 13 липня 2023 року, у день його розгляду в другому читанні, була опублікована порівняльна таблиця з поправкою народного депутата України Г. М. Мамки. Нею запропоновано:

1) сформулювати диспозицію ч. 1 ст. 364 Кримінального кодексу України (КК) так: «Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди *безпосередньо для самої себе чи в своїх інтересах* неправомірної вигоди для іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища, усупереч інтересам служби...»;

2) вжити в пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364 КК, замість слів «шкода» і «наслідки», слова «реальні матеріальні збитки».

10 липня 2023 року Центр протидії корупції повідомив, що в разі прийняття закону в цій редакції зі складу злочину випадатимуть випадки зловживання владою на користь третіх осіб, «купівля держорганом товару за вдвічі завищеною ціною не вважатиметься завданням «реальної матеріальної шкоди» державі, а злочин матиме місце лише якщо товар не буде поставлений взагалі... Аналогічна ситуація виникне і з випадками продажу державних активів чи здачі їх в оренду за заниженою ціною» [1].

Ця подія оголила проблеми, пов'язані із застосуванням ст. 364 КК, яскраво відбиті в статистичних даних прокуратури [2] і судової влади [3]. Так, протягом 2021-2022 років обліковано 6 169 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 364 КК, але засуджено за них лише 7 осіб (коефіцієнт засудження 881,3); водночас, 9 осіб виправдано, щодо 105 осіб матеріали провадження закрито (це, відповідно, 7,4 % та 86,8 %, а разом 94,2 % від кількості осіб, щодо яких винесені судові рішення за ст. 364 КК).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Згадана спроба внести зміни до ст. 364 КК викликала хвилю публікацій, насамперед науково-публіцистичного

характеру. Висловились із цього приводу науковці В. Петраковський [4] і П. Демчук [5], детектив Д. Гюльмагомедов [6], адвокати К. Гупало і Д. Трут [7], А. Крикун-Груш [8; 9] та ін. Ішлося як щодо недоліків конструкції ст. 364 КК загалом, яка вважається «безнадійно розмитою» [4], так і щодо можливості визнання упущеної вигоди наслідком передбаченого нею злочину, а також кола осіб, які належать до категорії «інших». Раніше ці проблеми розглядалися у роботах В. Навроцького [10; 11; 12], а інші проблеми кваліфікації діянь за ст. 364 КК – у роботах П. Андрушка та А. Стрижевської, В. Андрієшина, Д. Арсентьева, Н. Антонюк, О. Дудорова, В. Киричка, О. Маріна, Н. Нетеси, В. Тютюгіна, Ю. Гродецького і С. Гзімчука та ін.

Формулювання цілей. Метою статті є визначення точного змісту понять «шкода» (як наслідок злочину, передбаченого ст. 364 КК) та «інша особа», давши відповіді на питання, що постали під час практичного застосування цієї статті КК.

Виклад основного матеріалу. Щодо чинного правового регулювання, то в ст. 364 КК передбачена кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем. Ця стаття наразі діє в редакції Закону № 3207-VI від 07.04.2011, але вказаний Закон, порівняно з її початковою редакцією, нічого не змінив, за винятком пунктів 1 і 2 примітки до статті щодо визначення поняття службової особи публічної сфери, яке було значно розширено. До таких осіб належать особи, які:

- 1) постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади або місцевого самоврядування;
- 2) постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних (ДП) чи комунальних (КП) підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій;
- 3) виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особу наділяють повноважний орган чи повноважна особа, суд або закон;
- 4) обіймають посади, пов'язані з виконанням таких функцій у юридичних особах, які прирівнюються до ДП чи КП, – тих, у статутному фонді яких, відповідно, державна чи комунальна частка: а) перевищує 50 відсотків або б) становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Щодо четвертого виду таких осіб, то частка, необхідна для здійснення вирішального впливу (для створення керівних органів суб'єкта господарювання, відчуження майна, укладення договорів на певну суму та здійснення інших основних господарських операцій, підведення підсумків господарської діяльності, злиття та припинення функціонування підприємства тощо або ж для блокування відповідних дій), визначається статутом конкретного суб'єкта господарювання з урахуванням його організаційної форми, і може бути як більшою, так і меншою ніж 50 %. А оскільки державна чи комунальна частка у майні юридичної особи може змінюватися, то її розмір потрібно встановлювати на момент вчинення зловживання» [10, с. 76].

Далі, згідно із Законом № 746-VII від 21.02.2014, зі ст. 364 КК була виключена

частина 3, а в абзаці першому ч. 1 слова «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб» замінені словами «з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи» – дослівно, як у ст. 19 Конвенції ООН проти корупції. Фактично особистий мотив і мотив задовольнити інтереси третьої особи замінено аналогічною за своїм змістом метою (тримаємо в голові, що мотив кримінального правопорушення – це те, що спонукає суб'єкта до його вчинення, а мета – уявлення суб'єкта про бажаний наслідок діяння. Очевидно, що досягнення бажаного наслідку одночасно і є тим, що спонукає до діяння).

Водночас були виключені статті 423 і 424 і змінена ст. 365 КК (суб'єктом перевищення службових повноважень став лише працівник правоохоронного органу). Відтоді зловживання службовим становищем і перевищення службових повноважень, вчинені військовою службовою особою, та перевищення службових повноважень, вчинені іншим службовцем, крім правоохоронця, охоплюються складом злочину, передбаченим ст. 364 КК.

Ця стаття стала універсальною, але водночас кількість випадків її застосування різко зменшилась. За даними статистики [2; 13, с. 148], протягом 2011-2021 років кількість зареєстрованих злочинів, передбачених цією статтею, не зменшувалась, навіть попри зменшення кількості населення і декларування державою нещадної боротьби з корупцією (Табл. 1).

Таблиця 1.

Кількість зареєстрованих злочинів, передбачених ст. 364 КК

2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
4114	1829	3810	2567	3078	3360	3995	3589	4371	4060	3955	2214

А от судова статистика [3], починаючи з 2016 року, показує значне зменшення, кількості засуджених за відповідний злочин з одночасним відносним збільшенням кількості виправданих, а також осіб, матеріали кримінального провадження щодо яких закрито, аж до того, що кількість виправданих перевищила кількість засуджених (Табл. 2).

Таблиця 2.

Кількість осіб, засуджених та виправданих за ст. 364 КК

Осіб	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Засуджено	757	543	317	133	114	22	16	5	2	6	4	3
Виправдано	4	8	14	11	6	9	8	2	2	3	5	4

Провадження щодо яких закрито	499	370	115	137	64	46	26	43	42	58	48	57
-------------------------------	-----	-----	-----	-----	----	----	----	----	----	----	----	----

Також, згідно із Законом №1261-VII від 13.05.2014, з пунктів 3 і 4 примітки до ст. 364 КК виключено слова «якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків». Відтак, істотна шкода й тяжкі наслідки в цій статті мають виключно майновий характер. Верховний Суд України зазначив [14], що, «як істотна шкода, може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та, відповідно до такої оцінки, досягла встановленого розміру».

Забезпечуючи наступність та єдність судової практики, Велика Палата Верховного Суду підтвердила [15], що в ст. 364 КК «істотна шкода може мати виключно матеріальний вимір або перераховуватися в матеріальний еквівалент». Цю позицію підтверджено в постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду [16] та інших судових рішеннях, але про упущену вигоду в них не згадується.

Міжнародні договори, крім Конвенції ООН проти корупції, не містять зобов'язань щодо криміналізації зловживання владою або службовим становищем. Що ж до Конвенції ООН проти корупції, то вона в ст. 19 лише допускає можливість криміналізації національним законодавцем умисного зловживання службовими повноваженнями або службовим становищем, тобто незаконної дії чи бездіяльності державною посадовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи. Тобто, Конвенція:

1) вказує на можливість вчинення зловживання шляхом бездіяльності. У ст. 364 КК це наче і не заперечується, але все-таки прямо не передбачено;

2) визначає зловживання не як порушення абстрактних «інтересів служби», а як дію чи бездіяльність, що мають характер *порушення закону* (тут важливо згадати припис ч. 2 ст. 19 Конституції України: «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» – йдеться саме про закон, а не підзаконний акт). У цьому аспекті чинна ст. 364 КК є не виправдано ширшою за конвенційне положення, адже використання влади чи службового становища, *усупереч інтересам служби*, може втілюватися як у діяннях, які є *незаконними*, так і у формально законних діяннях, вчинених не в інтересах служби;

3) пропонує криміналізувати службове зловживання, незалежно від того, чи спричинено ним будь-яку шкоду. Проте, ідучи цим шляхом, ми не зможемо відрізнити дисциплінарне службове зловживання від кримінально караного. Відтак, Конвенція не допомагає вирішити завдання цієї статті.

Щодо змісту поняття «шкода». В. Навроцький стверджує, що наслідки зло-

вживання владою або службовим становищем повинні мати форму прямої дійсної шкоди – шкоди, яка вже настала, є його закономірним та необхідним результатом. Що ж до вимоги «Втрачена вигода є цивілістичною категорією, яка у кримінальному праві не використовується», то кримінальне право має справу з іншими поняттями – «реальні наслідки» (реальна або пряма дійсна шкода) або «ймовірні наслідки» [10, с. 74; 11, с. 63], тому вразливими [12, с. 309-315] є аргументи захисників упущеної вигоди в кримінальному праві [6; 17, с. 104-108], які хитко стоять лише на одному «слоні» – цивілістичному понятті шкоди.

Готуючи коментар загальних положень до розділу XVII КК (у співавторстві з М. І. Мельником – *прим. авт.*), ми також зазначали, що «істотна шкода полягає в прямій дійсній шкоді. Втрачена вигода може бути предметом цивільно-правового спору і не може враховуватися як злочинний наслідок у злочинах, передбачених статтями 364, 364-1, 365, 365-2, 367» [18, с. 1127].

Щоби довести це, перш за все проаналізуємо положення КК. У ньому:

– поняття «неодержані доходи», «упущена вигода» або «втрачена вигода» не застосовуються. Причому, згідно з частинами 3 і 4 ст. 3 КК, кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються *тільки цим* Кодексом; застосування закону про кримінальну відповідальність *за аналогією заборонено*. Тому, якщо і в ст. 364, і в інших статтях КК під шкодою розуміти й упущену вигоду, то у випадку крадіжки корови, що завдало шкоди потерпілому, треба буде враховувати також кількість молока, яке можна було б надіти від цієї корови до її скону, і кількість телят, яких ця корова могла б народити, і ринкову вартість молока та телят, включати до розміру шкоди. Але принцип законності змушує нас так не робити. До речі, те ж стосується і випадків зловживання шляхом бездіяльності;

– для визначення шкоди майнового характеру вживаються, але без розкриття їх змісту, терміни «збитки або шкода», «збитки та шкода», «майнові збитки», «матеріальні збитки», «збитки на суму», «значні збитки», «прямі збитки» тощо. Ці терміни не уніфіковані, а тому в кожній зі статей, де їх вжито, мають різне значення. При цьому немає жодних підстав стверджувати, що поняття «збитки» слід розуміти саме в значенні, яке надають їм Цивільний (ЦК), Господарський (ГК) кодекси або будь-який інший закон. Те саме має відношення і до термінів «вина», «умисел», «необережність», «дії», «бездіяльність», «поважні причини», «аварія», «наслідки», «зловживання», «обман», «небезпека» та інших, що трапляються в КК, ЦК та інших законах: вони мають різне значення (якщо не вказано інше), оскільки навіть у межах одного закону часто залежать від контексту;

– шкода визначається як прояв кримінально-правових наслідків. Вони специфічні, оскільки а) є суспільно (а не для якоїсь однієї особи) небезпечними; б) можуть виявлятися як у реальній шкоді (майнового характеру або здоров'ю чи життю, або політичній, організаційній, психологічній шкоді тощо), так і в загрозі спричинення майнової чи іншої шкоди; в) не всі ці види шкоди можуть бути відшкодовані; г) їх відшкодування чи невідшкодування, хоч і впливає на застосування покарання та інших кримінально-правових засобів, але не карди-

нально. Але в ЦК під шкодою розуміється лише три види шкоди – майнова, моральна шкода і шкода, завдана ушкодженням здоров'я або смертю – і всі вони підлягають обов'язковому та повному відшкодуванню, без чого втрачається сенс захисту цивільних прав;

– згадується про ймовірні види наслідків: «створення загрози тяжких наслідків», «створення небезпеки тяжких технологічних аварій, інших тяжких наслідків», «створення небезпеки для довкілля», «створення небезпеки заподіяння майнової шкоди» тощо. Відтак, якщо законодавець хоче передбачити кримінально-правовий делікт створення небезпеки, то робить це. Але в ст. 364 КК не зазначено, скажімо: «якщо це завдало або могло завдати істотної шкоди», «якщо це спричинило тяжкі наслідки або створило загрозу їх спричинення».

Наведемо також й інші аргументи на користь тієї позиції, що ст. 364 КК не передбачає відповідальність за упущену вигоду.

1. В Україні визнається і діє принцип верховенства права (ст. 8 Конституції України). З урахуванням загальновідомих рішень Конституційного Суду України та рішень Європейського суду з прав людини, напевно, беззаперечним наразі є той факт, що елементом принципу верховенства права є принцип юридичної визначеності. Своєю чергою, елементами принципу юридичної визначеності є, зокрема: ясність (чіткість, точність) закону; однозначність закону, відсутність суперечливих, колізійних положень; вимоги легітимних (правомірних, законних) очікувань та передбачуваності наслідків дії закону; те, що закон, який передбачає можливість дискреції, містить також і механізм ефективного запобігання зловживанням; єдність застосування і тлумачення закону [19]. Крім того, згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку, а згідно зі ст. 64 Конституції України і ч. 4 ст. 17 КПК, обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях, усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. Тому, з урахуванням усього вищезазначеного, якщо у ст. 364 КК прямо не передбачено, що під істотною шкодою і тяжкими наслідками розуміється упущена вигода, робити таке припущення немає підстав.

2. Частина 1 ст. 22 ЦК передбачає, що особа, якій завдано збитків у результаті порушення її *цивільного права*, має право на їх відшкодування. Відповідно до ч. 1 ст. 224 ГК, учасник господарських відносин, який порушив *господарське зобов'язання* або установлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності, повинен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушено.

Відтак, всі інші положення цих кодексів щодо збитків, їх визначення і порядку відшкодування поширюються лише на випадки порушення *цивільного права* та, відповідно, *господарських зобов'язань* або установлених вимог щодо здійснення господарської діяльності (у ст. 89 ГК останнє детальніше визначено в частині відповідальності за збитки, завдані *самому* господарському товариству зловживаннями *його* посадових осіб. Але це може стосуватися спричинення

шкоди державі чи територіальній громаді лише тоді, коли вони мають право вирішального впливу на господарську діяльність товариства).

3. Господарська діяльність осіб, які обіймають на ДП, КП чи у привірвняних до них юридичних особах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих, адміністративно-господарських функцій, або виконують ці функції за спеціальним повноваженням, регламентується положеннями ЦК, ГК й інших законів. При тому поняття «збитки», «неодержані доходи», «упущена вигода» і «втрачена вигода» визначені в цих законах по-різному, так само, як і правила щодо їх відшкодування (Табл. 3). А якщо так, то невідомо, яке саме з цих визначень могло би застосовуватися в кримінальних провадженнях за ст. 364 КК.

Таблиця 3.

Відмінність у визначенні збитків та упущеної вигоди

	Збитки	Упущена (втрачена) вигода, неодержаний прибуток
ЦК, ст. 22	Збитками є: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також 2) витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 3) упущена вигода.	Доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене.
ГК, ст. 224	Збитками є: 1) витрати, зроблені управненою стороною, 2) втрата або пошкодження її майна, 3) не одержані нею доходи.	Доходи, які управнена сторона (кредитор) одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною (зобов'язана сторона, боржник).
ГК, ст. 225	До складу збитків включаються: 1) вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства; 2) додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків, унаслідок порушення зобов'язання другою стороною; 3) неодержаний	Прибуток, на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати в разі належного виконання зобов'язання другою стороною.

	прибуток (втрачена вигода); 4) матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.	
--	--	--

Так само поняття «дохід» та «прибуток» по-різному визначаються в ЦК, ГК й інших актах законодавства, і не завжди під прибутком розуміється сума, на яку доходи перевищують пов'язані з ними витрати. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 189 ЦК, доходами є все те, що виробляється, добувається, одержується з речі або приноситься річчю, а згідно з ч. 1 ст. 142 ГК, дохід – це і є прибуток суб'єкта господарювання, що визначається шляхом зменшення суми його валового доходу за певний період на суму валових витрат та суму амортизаційних відрахувань. Тож яким поняттям слід користуватися в кримінальному процесі?

Крім того, якщо до «істотної шкоди» чи «тяжких наслідків» у ст. 364 КК включати упущену вигоду, то чому тоді не піти далі і не включити до них також штрафні санкції, матеріальну компенсацію моральної шкоди тощо, адже й вони згадані у ст. 225 ГК як види збитків?

4. Згідно з ЦК, *відшкодування збитків* визнається правовими наслідками порушення зобов'язання, а їх підстави, умови й порядок регламентуються в статтях 611, 612, 613, 623-624, 1166-1194 та ін. Згідно з ГК, відшкодування збитків визнається видом господарської санкції, яка застосовується в разі неналежного виконання зобов'язання боржником, а її підстави, умови й порядок регламентуються в статтях 89, 216-217, 226-229, 225, 397 та ін. і мають особливості залежно від виду кредитора та інших обставин. Але в разі вчинення діяння, передбаченого ст. 364 КК, ані зобов'язальних відносин, ані виконання або невиконання цивільно-правового чи господарського-правового зобов'язання, ані боржника і кредитора немає – винувата особа несе публічно-правову відповідальність *перед державою*. Наприклад, вироком Вищого антикорупційного суду (ВАКС) [20] в.о. генерального директора ДП МА «Бориспіль» та начальника Служби орендних відносин цього ж ДП засуджено за ч. 2 ст. 364 КК за те, що вони без конкурсу і за заниженою вартістю передали окремі приміщення аеропорту в оренду двом ТОВ, внаслідок чого держава недоотримала понад 15,7 млн грн, які, за розрахунками експертизи, *могла би* отримати, якби конкурси були проведені й приміщення передані в оренду в установленому законом порядку.

Аналізуючи цей вирок, А. Крикун-Труш правильно ставить питання: «Чому мова йде про упущену вигоду, коли немає визнання наявності господарсько-правового правопорушення та, відповідно, визнання недійсними договорів оренди, у результаті виконання/невиконання яких констатовано неодержання доходу? Чому САП бере на себе обов'язок доказування того, що аеропорт та фонд нібито зазнали збитків, відступаючи від цивільно-правових засад рівності сторін, адже в цивільно- та господарсько-правових відносинах тягар доведення покладається на сторону, яка вважає, що зазнала «збитків». При всьому, аеропорт, як сторона договору, прямо вказує, що збитків не поніс, а фонд стверджує, що збитків у його фінансовій звітності не відображено» [8].

Іншим вироком ВАКС [21] встановлено, що заступник директора ДП «Завод» відмовив в укладенні прямого договору литовській компанії «R», після чого продав через чеську компанію-посередника «K» запчастини для ремонту гідро-агрегата Круоніської ГАЕС (Литва) на 217 306 євро нижче вартості, за якою завод мав реальну можливість укласти договір прямого продажу на компанію «R». Тобто, маючи реальну можливість продати запчастини за ціною 817 650 євро, «Завод» продав їх компанії «K» за заниженою ціною 600 344 євро. Згодом компанія-посередник все ж реалізувала ці запчастини «R», але вже за значно більшою вартістю, а «Завод» не отримав упущену вигоду – 217 306 євро. Заступника директора ДП засуджено за ч. 2 ст. 364 КК, а керівника та колишнього засновника чеської компанії «K» (громадян України), а також керівника одного з управлінь ДП – за пособництво в цьому злочині.

У вказаному прикладі немає управненої сторони (кредитора) та зобов'язаної сторони (боржника), немає самого зобов'язання, яке би було неналежно виконано. Тож не може йтися про упущену вигоду в розумінні ЦК чи ГК. Але головне, чим цей приклад відрізняється від попереднього, – тут немає упущеної вигоди, а є прямі збитки, спричинені шляхом розтрати державного майна на користь третьої особи – компанії-посередника «K», адже товар вилучено з фондів держави, натомість отримано інший (гроші) в значно меншому розмірі. Власник став біднішим [12, с. 308], і щоб відновити своє порушене право, яке існувало до вчинення злочину, йому (державі) потрібно здійснити витрати в розмірі 217 306 євро. Ці витрати, згідно зі ст. 22 ЦК, і є реальними збитками.

5. Що стосується Відносно *відшкодування упущеної вигоди*, то закони встановлюють такі правила:

– ЦК, ст. 22, ч. 4 ст. 623: «Якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право. У разі відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, при визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання»;

– ГК, ст. 225: «При визначенні розміру збитків, якщо інше не передбачено законом або договором, враховуються ціни, що існували за місцем виконання зобов'язання на день задоволення боржником у добровільному порядку вимоги сторони, яка зазнала збитків, а у разі якщо вимогу не задоволено у добровільному порядку, – на день подання до суду відповідного позову про стягнення збитків. Виходячи з конкретних обставин, суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ціни на день винесення рішення суду»;

– Закон «Про банки і банківську діяльність» (ст. 79-1): «Відшкодування упущеної вигоди здійснюється в розмірі доходів, які учасник банку міг би реально одержати, але прийняте рішення (індивідуальний акт) НБУ стало єдиною і достатньою причиною, яка позбавила цього учасника можливості їх отримати. Упущена вигода відшкодовується лише у разі, якщо така вигода не була врахована під час оцінки реальних збитків (вартості акцій)».

Закон «Про авторське право і суміжні права» (ст. 55) передбачає, що захист

авторського права і суміжних прав здійснюється, зокрема, шляхом відшкодування упущеної вигоди. А от закони «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність» (ст. 43) і «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» (ч. 7 ст. 46) визначають, що упущена вигода не відшкодовується.

Відтак, підстави, умови і порядок відшкодування збитків і, зокрема, упущеної вигоди в різних ситуаціях є доволі різними; вони визначаються актами приватного права і мають безліч нюансів (достатньо сказати, що термін «збитки» вживається у ЦК 166 разів, у ГК – 97 разів, термін «відшкодування» в ЦК – 392 рази, у ГК – 64 рази). Тому їх повинен встановлювати суд цивільної або господарської юрисдикції, який є компетентним у цих питаннях. Важко уявити, що в кримінальному процесі прокурор доводить, наприклад, що розмір шкоди треба визначати саме станом на день винесення вироку (див. ст. 225 ГК) і тому кваліфікувати злочин за ч. 2, а не ч. 1 ст. 364 КК, або що держава дійсно вжила належних заходів для одержання доходів (див. ч. 4 ст. 623 ЦК).

У цьому зв'язку згадаємо постанову Верховного Суду [22]: «Неодержаний дохід (упущена вигода) – це рахункова величина втрат очікуваного приросту в майні, що базується на документах, які *беззастережно* підтверджують реальну можливість отримання потерпілим суб'єктом господарювання грошових сум (чи інших цінностей), якби учасник відносин у сфері господарювання не допустив правопорушення. Якщо ж кредитор не вжив достатніх заходів, щоб запобігти виникненню збитків чи зменшити їх, шкода з боржника не стягується. При цьому пред'явлення вимоги про відшкодування неодержаних доходів (упущеної вигоди) покладає на *кредитора* обов'язок довести, що ці доходи (вигода) не є абстрактними, а дійсно були б ним отримані в разі належного виконання *боржником* своїх обов'язків. При визначенні реальності неодержаних доходів мають враховуватися *заходи, вжиті кредитором* для їх одержання. У виді упущеної вигоди відшкодовуються ті збитки, які могли б бути реально отримані при належному виконанні зобов'язання. *Наявність теоретичного обґрунтування* можливості отримання доходу ще не є підставою для його стягнення».

Отже, розмір як збитків взагалі, так і упущеної вигоди не може бути гіпотетичною величиною. На це звернув увагу і Вищий антикорупційний суд [23]: «Відповідно до обвинувального акта, крім прямої дійсної шкоди у розмірі 8 785 000 грн, голові правління ПАТ «Херсонська ТЕЦ» інкриміновано спричинення ПАТ «ймовірної шкоди у вигляді недоотриманих підприємством відсотків за користування грошовими коштами у розмірі 1 949 831 грн, які могли бути отримані за умови розміщення на депозитному вкладі у банківській установі, зокрема АТ «Ощадбанк», грошових коштів у розмірі 8 785 000 грн та зберігання цієї суми на депозитному вкладі у визначений період». Суд зазначив, що «заподіяні наслідки повинні мати форму прямої дійсної шкоди, тобто шкоди, яка вже настала, є закономірним та необхідним результатом зловживання владою або службовим становищем, усупереч інтересам служби. Втрачена вигода, неодержані доходи полягають у позбавленні можливості отримання коштів у майбутньому. Така гіпотетична, можлива лише в майбутньому шкода може бути пред-

метом цивільно-правового спору і не повинна враховуватися як злочинний наслідок. З огляду на викладене, суд виключив з обсягу обвинувачення зазначену в обвинувальному акті втрачену вигоду».

Правий В. Навроцький, який зазначає, що настання шкоди у вигляді втраченої вигоди, розмір таких наслідків залежать зазвичай не від поведінки винної особи, а від заходів, вжитих чи не вжитих потерпілим, правоохоронними органами, інших факторів. І наводить приклад з головою селищної ради, який не переуклав з орендарем договір оренди нежитлового приміщення, унаслідок чого той продовжував користуватися ним безоплатно. Це було виявлено через кілька років прокурором, і голову селищної ради притягнуто до кримінальної відповідальності за неодержання доходів у розмірі раніше встановленої орендної плати. Але неможливо довести, що у вказаному селі, хоч хтось хотів орендувати те приміщення і що цей розмір мав залишатися старим тощо. Крім того, якби прокуратура виявила це «порушення» не через кілька років, а через кілька днів, то шкоди взагалі б не було спричинено [11, с. 63].

Про те саме пише і А. Крикун-Труш: «Якщо повірити в можливість упущеної вигоди в ст. 364, то грошовий розмір такого наслідку прямо залежить від того, наскільки своєчасно органи правопорядку виявили зловживання та як швидко припинили цей злочин. Річна затримка в розслідуванні може збільшити інкриміновану упущену вигоду на мільйони. Очевидно, що розмір злочинних наслідків не повинен бути в прямому зв'язку з неналежною роботою органів правопорядку та затягуванням розслідування» [9].

6. Бюджетний кодекс України (підпункт 10 п. 9 розділу VI) передбачає, що в разі встановлення в діях посадової, службової особи органів державної влади (органів місцевого самоврядування) складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав законної сили, *лише до такої особи* може бути пред'явлено вимоги фізичних і юридичних осіб щодо відшкодування упущеної майнової вигоди та моральної шкоди *у встановленому порядку*. Слова «лише до такої особи» і «у встановленому порядку», на наш погляд, дають підстави для висновку, що стосовно вказаних категорій осіб спочатку має відбутися їх засудження обвинувальним вироком суду за спричинення їхніми певними діями прямої дійсної шкоди, а лише потім – вирішення питання щодо упущеної вигоди в цивільно-процесуальному чи господарсько-процесуальному порядку.

7. Із зазначеного вище щодо особливостей упущеної вигоди як виду збитків випливає, що в цивільному чи господарському процесі обов'язок доводити певні обставини мають як боржник, так і кредитор. Кожна сторона повинна довести обставини, які мають значення для справи і на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених законом (ч. 3 ст. 13, ч. 1 ст. 74 ЦПК, ч. 3 ст. 12, ч. 1 ст. 81 ГПК). У цивільному і господарському процесі застосовуються різні стандарти доказування («баланс імовірностей», «перевага доказів», «ясні та переконливі докази», «розумна впевненість» тощо [24]). Але всі вони не дотягують до найвищого стандарту доказування, характерного для кримінального провадження – «поза розумним сумнівом». Відповідно до ч. 2 ст. 17

КПК, ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом.

Але чи взагалі реально в умовах ринкової економіки за таким жорстким стандартом довести, що особа, «якби їй право не було порушене» або «якби інша особа належно виконала свої зобов'язання», «за звичайних обставин» могла б одержати саме такий розмір доходу чи прибутку? Видається, що таке футуристичне питання саме собою містить заперечення й підказує відповідь: усе те, що не трапилось, під впливом різних обставин могло отримати неочікуваний розвиток і врешті-решт неочікувані форми та масштаби. Але кримінальний закон – дуже точний інструмент, якому не властиві аналогії чи припущення, і він не може спиратися на такі орієнтовні, грубі або широкі терміни й конструкції, якот: «належно», «додержання правил здійснення діяльності», «звичайні обставини» чи «незвичайні обставини».

8. Відповідно до ст. 61 Конституції України, ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності *одного виду* за одне й те саме правопорушення (*non bis in idem*). Юридична відповідальність, за загальним визнанням, означає обов'язок правопорушника перетерпіти обмеження певних прав. Але не факт, що слова «одного виду» вказують саме на ті чотири види відповідальності, що згадані в п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України. Вони можуть означати, наприклад, такі види відповідальності як майнова та немайнова і, якщо до особи застосовані, відповідно до ГК, санкції у виді відшкодування збитків, то, зважаючи на принцип *ultima ratio*, що є елементом принципу справедливості, можна припустити, що до неї більше не підлягають застосуванню майнові санкції у виді визначених у КК штрафу та спеціальної конфіскації.

9. У статтях 13 і 17 Конституції України проголошено, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, а забезпечення економічної безпеки України є найважливішою функцією держави. Ці положення розкриваються, зокрема, у ст. 6 ГК, згідно з якою загальними принципами господарювання в Україні є свобода підприємницької діяльності у визначених законом межах, вільний рух капіталів, товарів і послуг, заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини. Відповідно до ч. 1 ст. 632 ЦК, ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування застосовуються лише у випадках, встановлених законом. А Закон «Про ціни і ціноутворення» передбачає (ст. 11), що вільні ціни встановлюються суб'єктами господарювання самостійно за згодою сторін на всі товари, крім тих, щодо яких здійснюється державне регулювання цін. ГК (статті 29, 30, 77, 107, 178, 189-192) та інші закони визначають випадки і порядок реагування держави на встановлення підприємствами монополюльно низьких чи високих або дискримінаційних цін (тарифів), передбачають випадки визначення законом або Кабінетом Міністрів України цін (тарифів) казенними підприємствами чи виробничими кооперативами тощо. Законом, за необхідності, може бути визначено і колегіальний чи інший

особливий порядок визначення цін (тарифів, ставок тощо) у ДП, КП та прирівняних до них юридичних особах на їхню продукцію.

Регулювання господарських відносин кримінальним правом виглядає як заборонене законом втручання держави в такі відносини. Особливо, коли це порушує рівність суб'єктів господарювання й стосується лише відносин за участі лише службових осіб ДП, КП та прирівняних до них юридичних осіб. Якщо ж держава не здатна забезпечити дотримання в 3 700 ДП і 14 200 КП [25] належних комплаєнс та інших правил, що забезпечують від службових зловживань, то їй треба просто ліквідувати їх.

Щодо змісту поняття «інша особа», то, як уже зазначалось, зловживання владою або службовим становищем може здійснюватися з метою одержання неправомірної вигоди службовою особою як для себе, так і для іншої фізичної чи юридичної особи. З одного боку, логічно, що такою іншою особою є член сім'ї чи інша близька особа (у розумінні ст. 1 Закону «Про запобігання корупції»), адже жодна службова особа не буде ризикувати свободою і честю заради задоволення інтересів чужої для неї, навіть незнайомої особи.

У разі притягнення службової особи ДП, КП чи прирівняної до них юридичної особи до кримінальної відповідальності за дії в межах її службових повноважень, унаслідок яких неправомірну вигоду одержала третя особа, відповідна фізична особа або представник юридичної особи, згідно з правилами статей 27 і 29 КК, також підлягають кримінальній відповідальності, залежно від обставин – як пособник, організатор чи підбурювач. Через це в орбіту кримінально-правових відносин може бути втягнуто багато осіб. Щодо них застосовуються заходи забезпечення – тимчасове вилучення майна, арешт майна, тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом (у т.ч., правом здійснювати підприємницьку діяльність), відсторонення від посади, запобіжні заходи тощо. Очевидно, усе це не сприяє розвитку економіки, суперечить принципу гуманізму кримінального закону, тому має існувати тренд щодо зменшення таких випадків.

З іншого боку, сумною реальністю є той факт, що досить часто змова, частиною якої є обіцянка, пропозиція або надання неправомірної вигоди, маскується настільки ретельно, що докази її існування довести практично неможливо. Водночас на поверхні залишається лише голий факт службового зловживання в інтересах третьої особи, з якою підозрюваний, наприклад, директор ДП, ніби й не знайомий. При тому в Україні мають місце численні випадки продажу (здавання в оренду тощо) державного, комунального майна за заниженою вартістю і купівлі (оренди тощо) майна – за збільшеною, коли згадана третя особа отримує неправомірну вигоду, а держава програє. Проте вельми дивно, що, систематично програючи, держава не вдається до заходів правового самозахисту, маючи для цього всі можливості.

Висновки. Таким чином, упущена вигода – не кримінально-правова категорія, і застосовувати її при кваліфікації зловживання владою або службовим становищем неприпустимо. Водночас у КК має бути уніфіковано визначене поняття *майнової шкоди*, яке змістовно може збігатися з поняттям реальних збитків

у ст. 22 ЦК. Також у КК слід передбачити кримінальну відповідальність за незаконне, у тому числі здійснене з порушенням встановленого законом порядку: 1) визначення ціни (тарифу, ставки тощо), за якою реалізовано товари, надано послуги чи виконано роботи або 2) надання майна, послуг чи виконання робіт за державний або комунальний рахунок безоплатно, незалежно від того, чи спричинило відповідне діяння майнову шкоду. Суб'єктом цього правопорушення має бути службова особа, яка обіймає в установі чи організації посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій або виконує їх за спеціальним повноваженням, на державному, комунальному або приватному до них підприємстві. Звісно, законодавством має бути встановлений порядок визначення цін (тарифів, ставок тощо) у ДП, КП та приватних до них юридичних особах.

У перспективі необхідно провести дослідження судових рішень за ст. 364 КК з метою виявлення інших проблем, пов'язаних із порушенням принципу юридичної визначеності при формулюванні цієї статті КК.

Використані джерела:

1. ЦПК. Нардепи хочуть декриміналізувати сотні корупційних справ, включно зі схемами «Роттердам+» та в Укрнафті, і дозволити красти на відбудові та закупівлях. [Електронний ресурс] URL : <https://antac.org.ua/news/nardepy-khochut-dekrymi-nalizuvaty-sotni-koruptsiynykh-sprav-vkliuchno-zi-skhemamy-rotterdam-ta-v-uknafti-i-dozvolytu-krasty-na-vidbudovi-ta-zakupivliakh/>. (дата звернення: 12.12.2023).
2. Офіс Генерального прокурора. Статистика. [Електронний ресурс] URL : <https://new.gp.gov.ua/posts/statistika/> (дата звернення: 12.12.2023).
3. Судова статистика. [Електронний ресурс] URL : https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/. (дата звернення: 12.12.2023)
4. Петраковський В. Як Верховний суд США оцінював би ст. 364 КК України? *Just Talk*, 25 липня 2023. URL : <https://justtalk.com.ua/post/yak-verhovnij-sud-ssha-otsinyu-bi-st-364-kk-ukraini>. (дата звернення: 12.12.2023).
5. Демчук П. Не змушайтесь з Франкенштейна: кілька думок про статтю 364 КК України. *Just Talk*, 8 серпня 2023. URL : <https://justtalk.com.ua/post/ne-zmuschajtesya-z-frankenshtejna-kilka-dumok-pro-stattyu-364-kk-ukraini>. (дата звернення: 12.12.2023).
6. Гюльмагомедов Д. Погляд обвинувачення на ст. 364 КК України. *Just Talk*, 4 серпня 2023. URL : <https://justtalk.com.ua/post/poglyad-obvinuvachennya-na-st-364-kk-uk-raini> (дата звернення: 12.12.2023).
7. Чи вбиває законопроект 8235 корупційні справи? [Електронний ресурс] URL : <https://www.deadlawyers.org/draft-law-8235-lawyers-comment/>. (дата звернення: 12.12.2023).
8. Крикун-Труш А. Справа аеропорту «Бориспіль». Чим небезпечний судовий плагіат Вищого антикорупційного суду. *Українська правда*, 10 липня 2023 року. URL : <https://www.pravda.com.ua/columns/2023/07/10/7410637/> (дата звернення: 12.12.2023)
9. Крикун-Труш А. Проблеми статті 364: погляд правника. *Just talk*, 21 серпня 2023 року. URL : <https://justtalk.com.ua/post/problemi-statti-364-poglyad-pravnika>. (дата звернення: 12.12.2023).
10. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ : Москаленко О. М., 2019. 464 с.

11. Навроцький В. О. Про можливість врахування неoderжаних доходів як наслідків злочинів у сфері господарської діяльності / *Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності. Науково-практична конференція 5-6 жовтня 2005 р.* Харків : ТОВ «Кроссруд», 2006. С. 61-64.

12. Навроцький В. О. Наскрізнi кримінально-правові поняття: навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2023. 376 с.

13. В'юник М. В. Кримінально-правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали) / М. В. В'юник, М. В. Карчевський, О. Д. Арланова ; упоряд. Ю. В. Баулін. Харків : Право, 2020. 212 с.

14. Постанова Верховного Суду України від 27.10.2016 у справі № 5-99к16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/62692636> (дата звернення: 12.12.2023).

15. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05.12.2018 у справі № 301/2178/13-к. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78529879>. (дата звернення: 12.12.2023).

16. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 23.12.2020 у справі №299/2144/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93928501>. (дата звернення: 12.12.2023).

17. Антонюк Е. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою. Львів : ПАІС, 2008. 216 с.

18. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1360 с.

19. Хавронюк М. І. Щодо [не]відповідності Кримінального кодексу України принципу юридичної визначеності. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2021. Т. 8. С. 69-84.

20. Вирок Вищого антикорупційного суду від 01.03.2023 у справі №991/4073/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109314712>. (дата звернення: 12.12.2023).

21. Вирок Вищого антикорупційного суду від 22.11.2022 у справі №991/6712/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL :<https://reyestr.court.gov.ua/Review/107478633> (дата звернення: 12.12.2023).

22. Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13.12.2018 у справі №923/700/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78650688>. (дата звернення: 12.12.2023).

23. Вирок Вищого антикорупційного суду від 07.07.2020 у справі №766/16775/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90253351>. (дата звернення: 12.12.2023).

24. Рябченко Ю. Ю. Стандарт доказування в цивільному процесуальному праві: постановка проблеми. *Юридичний науковий електронний журнал* . 2020. № 2. С. 136-139. URL : http://lsej.org.ua/2_2020/37.pdf. (дата звернення: 12.12.2023).

25. Понад 60% державних і комунальних підприємств не звітують про використані кошти. *Економічна правда*, 18 червня 2021 року. URL : <https://www.epravda.com.ua/news/2021/06/18/675160/>. (дата звернення: 12.12.2023).

References:

1. TsPK. (N. d.) Nardepy khochut dekriminalizuvaty sotni koruptsiinykh sprav, vključno zi skhемamy «Rotterdam+» ta v Ukrafti, i dozvoluty krasty na vidbudovi ta

zakupivliakh. [Electronic resource] N. p. URL : <https://antac.org.ua/news/nardepy-khochut-dekryminalizuvaty-sotni-koruptsiynykh-sprav-vkliuchno-zi-skhemamy-rotterdam-ta-v-ukraffiti-i-dozvolty-krasty-na-vidbudovi-ta-zakupivliakh/>. [in Ukrainian].

2. Ofis Heneralnoho prokurora. (N. d.) Statystyka. [Electronic resource] N. p. URL : <https://new.gp.gov.ua/ua/posts/statistika/>. [in Ukrainian].

3. Sudova statystyka. (N. d.) [Electronic resource] N. p. URL : https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/. [in Ukrainian].

4. Petrakovskiy, V. (2023) Yak Verkhovnyi sud SSHa otsiniuvav by st. 364 KK Ukrainy? *Just Talk, 25 lyppnia 2023*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://justtalk.com.ua/post/yak-verhovnij-sud-ssha-otsiniuvav-by-st-364-kk-ukraini>. [in Ukrainian].

5. Demchuk, P. (2023) Ne znushchaitesia z Frankenshteina: kilka dumok pro statti 364 KK Ukrainy. *Just Talk, 8 serpnia 2023*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://justtalk.com.ua/post/ne-znuschajtesya-z-frankenshtejna-kilka-dumok-pro-stattyu-364-kk-ukraini>. [in Ukrainian].

6. Hiulmahomedov, D. (2023) Pohliad obvynuvachennia na st. 364 KK Ukrainy. *Just Talk, 4 serpnia 2023*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://justtalk.com.ua/post/poglyad-obvynuvachennya-na-st-364-kk-ukraini/>. [in Ukrainian].

7. Chy vbyvaie zakonoproiekt 8235 koruptsiini spravy? (N. d.) [Electronic resources] N. p. URL : <https://www.deadlawyers.org/draft-law-8235-lawyers-comment/>. [in Ukrainian].

8. Krykun-Trush, A. (2023) Sprava aeroportu «Boryspil». Chym nebezpechnyi sudovyi plahiat Vyshchoho antykoruptsiinoho sudu. *Ukrainska pravda, 10 lyppnia 2023 roku - Ukrainian truth, July 10, 2023*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://www.pravda.com.ua/columns/2023/07/10/7410637/>. [in Ukrainian].

9. Krykun-Trush, A. (2023) Problemy statti 364: pohliad pravnyka. *Just talk, 21 serpnia 2023 roku*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://justtalk.com.ua/post/problemi-statti-364-poglyad-pravnyka>. [in Ukrainian].

10. Koruptsiini skhemy: yikh kryminalno-pravova kvalifikatsiia i dosudove rozsliduvannia (2019) / M. I. Khavroniuk (Ed.). Kyiv : Moskalenko O. M. [in Ukrainian].

11. Navrotskyi, V. O. (2006) Pro mozhlyvist vrakhuvannia neoderzhanykh dokhodiv yak naslidkiv zlochyniv u sferi hospodarskoi diialnosti / *Vidpovidalnist za zlochyny u sferi hospodarskoi diialnosti. Naukovo-praktychna konferentsiia 5-6 zhovtnia 2005 r. - Liability for crimes in the field of economic activity. Scientific and practical conference on October 5, 2005, 61-64*. Kharkiv: TOV «Krossroud». [in Ukrainian].

12. Navrotskyi, V. O. (2023) Naskrizni kryminalno-pravovi poniattia: navch. posib. Kyiv : Yurinkom Inter. [in Ukrainian].

13. V'iunyk, M. V. (2020) Kryminalno-pravove rehuliuвання v Ukraini: realii ta perspektyvy (analitichni materialy) / M. V. V'iunyk, M. V. Karchevskiy, O. D. Arlanova (Eds.); uporiad. Yu. V. Baulin (Ed.). Kharkiv : Pravo. [in Ukrainian].

14. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 27.10.2016 u spravi № 5-99ks16. (2016) *Yedynyi derzhaoniy reistr sudovykh rishen - Unified state register of court decisions*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/62692636>. [in Ukrainian].

15. Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 05.12.2018 u spravi №301/2178/13-k. (2018) *Yedynyi derzhaoniy reistr sudovykh rishen - Unified state register of court decisions*. [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78529879>. [in Ukrainian].

16. Postanova Kasatsiinoho kryminalnoho sudu Verkhovnoho Sudu vid 23.12.2020 u spravi № 299/2144/17. (2020) *Yedynyi derzhaoniy reistr sudovykh rishen - Unified state register*

of court decisions. [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93928501>. [in Ukrainian].

17. Antoniuk, E. (2008) Kryminalna vidpovidalnist za zapodiannia mainovoi shkody shliakhom obmanu abo zlovzhyvannia doviroiu. Lviv : PAIS. [in Ukrainian].

18. Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (2018) / M. I. Melnyk, M. I. Khavroniuk (Eds.). 10-te vyd. Kyiv : VD «Dakor». [in Ukrainian].

19. Khavroniuk, M. I. (2021) Shchodo [ne]vidpovidnosti Kryminalnoho kodeksu Ukrainy pryntsyphu yurydychnoi vyznachenosti. *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky – Naukma's scientific notes. Legal sciences, vol. 8, 69-84.* [in Ukrainian].

20. Vyrok Vyshchoho antykoruptsiinoho sudu vid 01.03.2023 u spravi №991/4073/21. (2023) *Yedynyi derzhavnyi reistr sudovykh rishen - Unified state register of court decisions.* [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109314712>. [in Ukrainian].

21. Vyrok Vyshchoho antykoruptsiinoho sudu vid 22.11.2022 u spravi №991/6712/20. (2022) *Yedynyi derzhavnyi reistr sudovykh rishen - Unified state register of court decisions.* [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107478633>. [in Ukrainian].

22. Postanova Kasatsiinoho hospodarskoho sudu Verkhovnoho Sudu vid 13.12.2018 u spravi №923/700/17. (2018) *Yedynyi derzhavnyi reistr sudovykh rishen - Unified state register of court decisions.* [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78650688>. [in Ukrainian].

23. Vyrok Vyshchoho antykoruptsiinoho sudu vid 07.07.2020 u spravi №766/16775/17. (2020) *Yedynyi derzhavnyi reistr sudovykh rishen - Unified state register of court decisions.* [Electronic resource] N. p. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90253351>. [in Ukrainian].

24. Riabchenko, Yu. Yu. (2020) Standart dokazuvannia v tsyvilnomu protsesualnomu pravi: postanovka problemy. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal - Legal scientific electronic journal, 2, 136-139.* URL : http://lsei.org.ua/2_2020/37.pdf. [in Ukrainian].

25. Ponad 60% derzhavnykh i komunalnykh pidpriemstv ne zvituiut pro vykorystanni koshty. (2021) *Ekonomichna pravda, 18 chervnia 2021 roku - Economic Truth, June 18, 2021.* [Electronic resource] N. p. URL : <https://www.epravda.com.ua/news/2021/06/18/675160/>. [in Ukrainian].

Стаття надійшла до редколегії 13.12.2023

Khavroniuk M., Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal and Criminal Procedural Law, National University "Kyiv-Mohyla Academy" (Kyiv, Ukraine)

REGARDING THE CONTENT OF THE CONCEPTS «HARM» AND «OTHER PERSON» IN ARTICLE 364 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

In recent years, a problem has arisen in Ukraine, which consists in a sharp drop to almost zero in cases of application of Article 364 of the Criminal Code of Ukraine regarding responsibility for abuse of power or official position, although 10-12 years ago there were hundreds of cases of conviction under this article. Courts often refer to the fact that this article is formulated in violation of the principle of legal certainty, which is true. In particular, the problem is the uncertainty of the content of "damage" and "other person" used in Article 364. Most scholars and practitioners agree that the concept of "damage" does not include lost profits, but courts in some cases base their decisions on a different position. The author of the article provides arguments in favour of the fact that lost profit is

a private law concept, and its direct transfer to criminal law is inadmissible in view of the principles of legality, legal certainty and justice. If the legislator wishes to criminalise a particular act, it must be described in the law in a specific and clear manner so that the court has no doubt that it is this act that entails criminal (and only criminal) liability. For this purpose, and based on the arguments presented in this article, it is proposed to define the concept of property damage in the Criminal Code of Ukraine, which may substantially coincide with the civil law concept of actual damages. Also, the Criminal Code should provide for criminal liability for illegal, including those committed in violation of the procedure established by law: 1) determination of the price (tariff, rate, etc.) at which goods are sold, services are rendered or work is performed; 2) provision of property, services or performance of works for the state or municipal account free of charge, regardless of whether the relevant act caused property damage. Its subject must be an official who performs functions at a state, municipal or equivalent enterprise that enable him/her to determine prices (tariffs, etc.) or dispose of property.

Keywords: damage, losses, lost profits, lost profit, unearned profit, other person, public official.