

УДК 343.35 (352.6)

ПОНЯТТЯ СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТА НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ



М. В. Кочеров,
директор юридичної компанії
«Консалтинг Груп»

Основним гарантом закріпленої за громадянами широкої системи прав і свобод виступає держава Україна, яка, у свою чергу, вимагає неухильного дотримання закону, насамперед від службових осіб державних установ та організацій. Для реалізації зазначених завдань вітчизняний законодавець ратифікував ряд міжнародних документів, серед яких чільне місце посідає Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (далі – Конвенція ООН проти корупції) та Кримінальна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією (далі – Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією), та імплементував положення останніх у національне законодавство. Зокрема, у кримінальному законодавстві України поряд з іншими нововведеннями з'явилася норма, що передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, яка ще на етапі розробки антикорупційного пакету законів¹ викликала найбільше сумнівів і дискусій як серед представників наукової спільноти, так і практиків. З огляду на викладене, а також зважаючи на незначну кількість наукових праць, присвячених аналізу цієї норми, **актуальним** вбачається дослідження елементів складу злочину, передбаченого ст. 368-2 Кримінального кодексу України (далі – КК), та розробка на цій основі рекомендацій щодо застосування норми в практичній діяльності, що й визначає **мету** цієї статті.

Слід зауважити, що норму, яка передбачає кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, у своїх працях розглядали такі вчені, як П. П. Андрушко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров, В. І. Тютюгін, Є. Л. Стрельцов, М. І. Хавронюк та інші. Ці наукові дослідження переважно мали комплексний характер, оскільки присвячувалися корупційним правопорушенням у цілому, та містили лише загальний аналіз складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК. У зв'язку із цим, зважаючи на практичну необхідність, основним завданням нашого дослідження є здійснення більш детального аналізу суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368-2 КК.

Зі змісту ст. 368-2 КК випливає, що суб'єктом цього злочину є службова особа, визначення якої міститься у п.п. 1, 2 примітки до ст. 364 КК. Необхідність конкретизації із посиланням на певну норму зумовлена наявністю у кримінальному законі ще одного визначення службової особи, наведеного у ч.ч. 3, 4 ст. 18 КК, яке за своїм змістом є значно ширшим від попереднього, оскільки охоплює більш широке коло осіб, зокрема не лише так званих публічних службових осіб², а й приватних службових осіб також. Отже, якщо законодавець безпосередньо у нормі кримінального закону для позначення суб'єкта злочину скористався терміном «службова особа» та не вказав, що визначення її міститься у примітці до ст. 364 КК, то суб'єктом такого суспільно небезпечного діяння є службова особа, поняття якої надано у ст. 18 КК.

З урахуванням визначення службової особи, наведеного у п.п. 1, 2 примітки до ст. 364 КК, можна зробити висновок, що службова особа характеризується двома групами взаємозумовлених ознак. Перша

На основі теоретичних розробок науки кримінального права та проведеного емпіричного дослідження з використанням методу системного аналізу досліджено питання поняття службової особи як суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368-2 КК. Автор звертає увагу на зміни, яких зазнало законодавче визначення «службова особа», розглядає притаманні їй ознаки та пропонує власну їх класифікацію.

Ключові слова: службова особа, адміністративно-господарські функції, організаційно-розпорядчі функції, посада

¹ Під антикорупційним пакетом законів маються на увазі закони України від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI «Про засади запобігання і протидії корупції», від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення».

² У цій роботі для кращого сприйняття вжито терміни «публічна службова особа» та «приватна службова особа», що застосовані у Конвенції ООН проти корупції, Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією та якими користуються у ряді зарубіжних країн.

група ознак характеризує повноваження особи – коло дій, пов'язане з її функціональними обов'язками (виконання владних, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій), через вчинення яких особа визнається службовою. Така група ознак, як слушно зазначає В. О. Навроцький, може бути названа функціональною [10, 19]. Друга група ознак відображає належність особи внаслідок займаної посади чи наділення відповідними функціями тимчасово чи за спеціальним повноваженням до певного органу, підприємства, установи, організації (органу державної влади чи місцевого самоврядування, державного чи комунального підприємства, установи чи організації). Цю групу ознак можна назвати посадовою. Для визнання особи службовою необхідне поєднання двох цих складових, наявність лише посадової ознаки за відсутності у особи функціональної ознаки, так само як і навпаки, не може бути підставою для визнання особи службовою. Саме з необхідності такого поєднання вказаних ознак та приведення назви спеціального суб'єкта у відповідність із змістом поняття службової особи, на нашу думку, крім іншого, і виходив законодавець, змінивши термінологію понятійних елементів злочинів у сфері службової діяльності та вказавши «службова особа» замість «посадова».

Своєю чергою, до функціональних ознак службової особи, як ми вже зазначали раніше, належать функції представників влади та місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції.

Слід звернути увагу, що до внесення Законом України від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон № 3207-VI) змін до Кримінального кодексу України, термін «функції» пов'язували лише з представниками влади, а «обов'язки» – зі службовими особами, які обіймають відповідні посади на підприємствах, в установах і організаціях, та із певним (визначеним законодавцем) колом таких обов'язків – організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських. Семантичний аналіз цих термінів свідчить, що поняття «функція» має значно ширший зміст, аніж «обов'язок» та охоплює останнє. Про необхідність заміни цих термінів неодноразово вказувалося в науковій літературі [8, 119; 4, 161–162; 2, 51; 1, 28; 15, 99]. При цьому слід зазначити, що сьогодні, незважаючи на внесені зміни, й досі існують наукові праці, в яких серед ознак службової особи вказується не на функції, а на обов'язки [11, 1080].

Визначаючи коло функцій, здійснюваних представниками влади, необхідно зазначити, що деякі учені до представників влади відносять осіб, повноваження яких виходять за межі конкретної системи органів влади чи управління,

тобто на осіб, не підпорядкованих їм за службою, а їхні дії не обмежуються рамками певного відомства, системи [5, 451; 9, 13; 6, 43; 14, 97; 3, 8; 7, 228]. Водночас зазначимо, що для представників влади характерне право пред'являти вимоги, визначати зміст поведінки, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання фізичними і юридичними особами, незалежно від їх відомчої підпорядкованості чи підлеглості. Вказані повноваження й визначають зміст виконуваних ними функцій. Слід звернути увагу, що функції представника місцевого самоврядування мають аналогічний зміст, відмінним є лише те, що дія його повноважень поширюється не на всю територію держави, а тільки на певну її територіальну одиницю (населений пункт).

Звернемо увагу, що до внесення Законом № 3207-VI змін до Кримінального кодексу в п. 1 примітки до ст. 364 КК йшлося про здійснення функцій лише «представниками влади». Доповнення норми вказівкою про здійснення функцій «представниками місцевого самоврядування» зумовлене, на нашу думку, тим, що Конституція України не відносить органи місцевого самоврядування до органів державної влади. Аналогічне твердження міститься й у Рішенні Конституційного Суду України від 26 березня 2002 р. № 6-рп/2002 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 28 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад народних депутатів» (справа про охорону трудових прав депутатів місцевих рад), де зазначено, що органи місцевого самоврядування не є органами державної влади, їх слід розглядати як форму здійснення народом влади, яка визнається і гарантується в Україні [13].

Зауважимо, що зазначені зміни вже були предметом наукового дослідження. Зокрема, Т. І. Слуцька, аналізуючи законодавчий припис, вказувала на недоцільність таких нововведень, обґрунтовуючи свою думку тим, що до представників влади, відповідно до положень постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» (далі – ППВСУ № 5), належать представники місцевого самоврядування, а тому, на думку авторки, для запобігання можливим помилкам законодавцю доцільно було б зберегти єдиний термін «представник влади» [15, 95–96]. Ми не підтримуємо цю точку зору та вважаємо, що це доповнення законодавця, зрештою, і зумовлене практичною необхідністю. На практиці, як свідчить проведене нами емпіричне дослідження, досить часто при притягненні представників місцевого самоврядування до кримінальної відповідальності за вчинення службового злочину останні вказують на безпідставність такого притягнення, оскільки вони не є представниками державної влади, та обґрунтовують свою позицію

зазначеним вище Рішенням Конституційного Суду України. Зрозуміло, що поняття «представник влади» та «представник державної влади» за своїм змістом не збігаються, і останнє охоплюється першим, але для уникнення будь-яких непорозумінь у практичній діяльності відокремлення представників місцевого самоврядування від представників влади, на нашу думку, є цілком доречним.

Слід зауважити, що законодавець, надаючи визначення службової особи у примітці до ст. 364 КК, пов'язує функціональні ознаки службової особи не лише з тим, що вона виконує функції представника влади чи місцевого самоврядування, а й з виконанням нею організаційно-розпорядчих та/чи адміністративно-господарських функцій. Ці функції особа може здійснювати як альтернативно, так і одночасно (крім випадку поєднання функцій представника влади та представника місцевого самоврядування), наприклад, бути одночасно представником влади та уповноваженим виконувати адміністративно-господарські чи/та організаційно-розпорядчі функції.

Розглядаючи питання організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, необхідно вказати, що законодавець не розкриває їх зміст. Така прогалина кримінального закону заповнюється визначеннями, напрацьованими теорією кримінального права та закріпленими судовою практикою (абз. 3, 4 п. 1 ППВСУ № 5) [12, 235–236], і жодних сумнівів і різнотлумачень серед науковців із цього приводу не виникає.

Посадова ознака службової особи, як ми вже зазначали на початку статті, відображає належність особи внаслідок займаної посади чи наділення відповідними функціями постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням до певного органу, підприємства, установи, організації, зокрема згідно з п. 1 примітки до ст. 364 КК до органу державної влади чи місцевого самоврядування, державного чи комунального підприємства, установи чи організації. Крім того, згідно з абз. 2 п. 1 примітки до ст. 364 КК для цілей статей 364, 365, 368, 368-2, 369 КК до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких, відповідно, державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

Таке доповнення законодавця зумовлене необхідністю розширити коло суб'єктів зазначених складів злочинів, оскільки законодавчо закріплене поняття державних та комунальних підприємств має звужений зміст. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 63 Господарського кодексу України (далі – ГК) комунальним підприємством визнається підприємство, що діє на основі комунальної власнос-

ті територіальної громади, а згідно з п. 4 цієї частини статті під державним підприємством слід розуміти підприємство, що діє на основі державної власності. Із цих визначень вбачається, що законодавець визначає державними та комунальними підприємствами лише ті, які діють на основі не частини, а лише повної державної або комунальної власності. Тому, зважаючи на кількість діючих підприємств, у статутному фонді яких державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на діяльність такого підприємства, для зменшення кількості випадків зловживань із боку службових осіб цих підприємств та недопущення неоднакового застосування правозастосовними органами кримінального закону, а також для збереження єдиних підходів при визначенні державних та комунальних підприємств, п. 1 примітки до ст. 364 КК було доповнено новим положенням.

При цьому посадові ознаки за часом обіймання відповідної посади, з огляду на вжите у п. 1 примітки до ст. 364 КК формулювання «обіймають постійно чи тимчасово ... посади ...», можуть поділятися на постійні та тимчасові.

Зважаючи на вищевикладене, на нашу думку, саме за змістом посадової ознаки, тобто за належністю особи до визначеного законом органу, підприємства, установи чи організації, слід відмежовувати публічну службову особу від приватної.

У п. 2 примітки до ст. 364 КК передбачено, що службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади у законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судочинству, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, судді та посадові особи міжнародних судів. Це визначення, як слушно зазначає Т. І. Слущка, більш точно акцентує приналежність службової особи іноземця до певної посади, вміщуючи перелік останніх [15, 102]. Поза тим, ми не можемо погодитись з авторкою, що це визначення виводить із кола зазначених суб'єктів осіб без громадянства та іноземців, які у попередній редакції примітки до ст. 364 КК визнавалися службовими особами [15, 102–103]. Вважаємо, що особи без громадянства та іноземці, які можуть виконувати функції

службової особи, перебуваючи на відповідній посаді у державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях, охоплюються п. 1 примітки до ст. 364 КК.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити такі **висновки**:

- службова особа, відповідно до п. 1 примітки до ст. 364 КК, характеризується двома групами взаємозумовлених ознак: функціональними та посадовими. Не може бути підставою для визнання особи службовою наявність у неї лише посадової або лише функціональної ознаки, оскільки обов'язковим є їх поєднання;
- функціональні ознаки слід класифікувати: 1) за видом виконуваних функцій: а) представника влади; б) представника місцевого самоврядування; в) організаційно-розпорядчі; г) адміністративно-господарські; 2) за часом

виконання: а) постійні; б) тимчасові; в) за спеціальним повноваженням. Останні, у свою чергу, за суб'єктом покладення поділяються на такі, якими наділяє (альтернативно) повноважний орган державної влади, орган місцевого самоврядування, центральний орган державного управління зі спеціальним статусом, повноважний орган чи повноважна особа підприємства, установи, організації, суд або закон;

- посадові ознаки слід класифікувати 1) за належністю особи до: а) органу державної влади; б) органу місцевого самоврядування; в) державного чи комунального підприємства; г) державної чи комунальної установи; д) державної чи комунальної організації; 2) за часом обіймання: а) постійні; б) тимчасові.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Андрушко П. П. Зловживання владою або службовим становищем : кримінально-правова характеристика (ст. 364 Кримінального кодексу України) / П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська // Законодавство України : науково-практичний коментар. – 2005. – № 2. – С. 26-35.
2. Аснис А. Я. Уголовная ответственность за служебные преступления / А. Я. Аснис. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2004. – 396 с.
3. Бантишев О. Ф. Відповідальність за злочини у сфері службової діяльності : Питання кваліфікації злочинів, передбачених розділом XVII Кримінального кодексу України : навч. посіб. / Бантишев О. Ф., Рибачук В. І. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 116 с.
4. Басова Т. Б. Уголовная ответственность за должностные преступления : правотворчество и правоприменение в условиях административной реформы Российской Федерации : монография / Т. Б. Басова. – Владивосток : Дальнаука, 2005. – 284 с.
5. Динека В. И. Субъект должностного преступления / В. И. Динека, Л. Л. Тузов // Научные труды. – Вып. 3. ; Российская академия юридических наук. – М., 2003. – С. 446-452.
6. Здравомыслов Б. В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Б. В. Здравомыслов. – М. : Юрид. лит., 1975. – 168 с.
7. Здравомыслов Б. В. Некоторые общие вопросы уголовной ответственности за должностные преступления // Вопросы уголовного права / Б. В. Здравомыслов. – М., 1966. – С. 202-231.
8. Зейкан І. Поняття посадової особи в кримінальному законодавстві : порівняльний аналіз / І. Зейкан // Право України. – 2002. – № 3. – С. 118-121.
9. Кравченко О. О. Злоупотребление должностными полномочиями : уголовно-правовая характеристика и предупреждение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. О. Кравченко. – Владивосток, 2004. – 26 с.
10. Навроцький В. О. Чи є експерт службовою особою? / В. О. Навроцький // Життя і право. – Пробний номер. – С. 19-21.
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.
12. Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. – 2-ге вид., змін. і доп. – К. : Скіф, 2007. – 492 с.
13. Рішення Конституційного Суду України від 26 березня 2002 р. № 6-рп/2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v006p710-02>
14. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / А. Я. Светлов ; [отв. ред. И. П. Лановенко]. – К. : Наук. думка, 1978. – 303 с.
15. Слуцька Т. І. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень : дис. ... канд. юрид. наук / Т. І. Слуцька. – К., 2010. – 232 с.

Кочеров М. В. Понятие служебного лица как субъекта незаконного обогащения

На основе теоретических разработок науки уголовного права и проведённого эмпирического исследования с использованием метода системного анализа исследовано понятие служебного лица как субъекта преступления, предусмотренного ст. 368-2 УК. Автор обращает внимание на изменения, которые претерпело законодательное определение служебного лица, рассматривает свойственные ему признаки и предлагает собственную их классификацию.

Ключевые слова: служебное лицо, административно-хозяйственные функции, организационно-распорядительные функции, должность

Kocherov Mykhailo. The concept of the official as a subject of illegal enrichment

The concept of an official as a subject of crime, stated by the Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine, is investigated in this article on the basis of theoretical elaborations of criminal law science and empirical investigation using the system analysis method. The author attracts readers' attention to the changes in the legislative definition of an official. It's features are investigated and their classification is suggested.

Key words: the official, administrative and commercial functions, organization and regulatory functions, occupation