

УДК 343.23

Мацко В. В., здобувач кафедри кримінального та адміністративного права Одеського національного морського університету

Суб'єктний склад злочину неправомірної вигоди

У даній статті розглядається суб'єктний склад злочину неправомірної вигоди, як один з видів злочину у сфері службової діяльності. Актуальність даної теми полягає передусім в тому, що сьогодні Україна перебуває на шляху імплементації законодавства Європейського Союзу, та першочерговим завданням стає боротьба зі службовими злочинами і протидія корупційним проявам як посадових осіб, так і осіб, які наділені повноваженнями надавати публічні послуги. В даній статті здійснюється аналіз суб'єктного складу злочину неправомірної вигоди.

Ключові слова: неправомірна вигода, суб'єкт злочину, склад злочину, службова особа.

В данной статье рассмотрен субъектный состав преступления неправомерной выгоды как одного из видов преступлений в сфере служебной деятельности, а также деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг. Актуальность данной темы заключается прежде всего в том, что Украина находится на стадии имплементации законодательства стран Европейского Союза, которые первоочередными задачами ставят борьбу со служебными преступлениями и противодействие коррупционным проявлениям как служебных лиц, так и лиц, уполномоченных предоставлять публичные услуги.

Ключевые слова: неправомерная выгода, субъект преступления, состав преступления, служебное лицо.

This article deals with the subjective component of illicit advantage as one of the types of crime in the area of official activities, as well as activities related to public services. Relevance of the topic consists primarily in the fact that Ukraine is in the process of implementation of the legislation following the example of legislation of European Union countries which priority is fighting against malfeasance and corruption practices by officials and people providing public services.

Keywords: illicit advantage, subject of crime, component of crime, official.

Актуальність. За даними Організації Об'єднаних Націй, основною проблемою розвитку демократичного суспільства в країнах є, передусім, корупція. Нестабільна соціально-економічна ситуація, а також низька правова грамотність населення безперечно є однією з причин зловживання службовими особами своїми владними повноваженнями, а також створення умов, які надають можливість використовувати своє спеціальне становище, штучно створювати умови, які безперечно створюють умови для хабарництва. З даними єдиного реєстру судових рішень України, за 2013 рік було розглянуто близько 33 627 кримінальних справ за фактом прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, в більшості з яких винесено обвинувальні вироки.

Аналізуючи судову практику з розгляду вказаних злочинів, можна зробити висновок про те, що не завжди правильно визначається його суб'єкт, як невід'ємний елемент складу злочину.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Останнім часом багато питань та досліджень проводилося в напрямку вивчення і аналізу корупційних дій та службових злочинів. В якості прикладу слід навести праці О.В. Кришевич «Кримінальна відповідальність за хабарництво та відмежування його від шахрайства» [8], А.П. Геля «Генезис злочинності: детермінація та причинність» [9], М.Л. Грібов «Документування та доказування хабарництва» [10], М.І. Мельника, М.І. Хавронюка «Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України» (ст. 368) [3], В.А. Нечитайло

«Деякі особливості протидії хабарництву, вчиненому службовими особами, які займають відповідальне становище» [11].

Мета дослідження полягає в аналізі нормативно-правових актів України з метою визначення та надання кримінально-правової характеристики суб'єкту злочину неправомірної вигоди, з метою можливого недопущення порушення прав особи, яка притягується до відповідальності, а також правильної кваліфікації злочину та подальшого визначення його кваліфікуючих ознак.

Викладення основного матеріалу. У п. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод зазначено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Таким чином, лише правильно кваліфікуючи суб'єкт злочину, відповідальність за який передбачено ст. 368 Кримінального кодексу України [3] (далі – КК України) можна забезпечити реалізацію ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України [4] (далі – КПК України), а саме захист особи та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду.

Згідно з ч. 1 ст. 2 КК України, підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно-небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим кодексом.

Кримінальна відповідальність за злочин щодо надання неправомірної вигоди законодавцем закріплена розділом XVII Особливої частини КК України та включає групу злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, можна зробити висновок про спеціальний суб'єкт зазначеного злочину.

Диспозиція ст. 368 КК України передбачає кримінальну відповідальність за дії, направлені на прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Таким чином, суб'єктом злочину, що розглядається, може бути спеціальний суб'єкт, тобто лише службова особа публічного права.

Так, відповідно до ст. 19 Конституції України [1], органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи діють лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Ці конституційні приписи поширюються на всіх без винятків службових осіб, незалежно від того, чи є вони представниками законодавчої, виконавчої або ж судової гілок влади, виконують свої обов'язки в державному апараті, в органах місцевого самоврядування або об'єднання громадян. Не має також значення становище особи, відомча чи галузева приналежність підприємства, установи та організації, форма власності тощо.

Як зазначалося вище, суб'єкт вказаного злочину є спеціальним. Відповідно до ст. 364 КК України, службовими особами публічного права визнаються особи, які:

- постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування;

- постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, установах чи організаціях посадах, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій;

- виконують функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій;

- виконують функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, яким особа може бути наділена повноваженим органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом законом.

В той же час до службових осіб публічного права Закон відносить також і службових осіб, які здійснюють організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, займаючи відповідні посади в юридичних особах, у статутному фонді яких держава чи комунальна частка перевищує 50% або становить величину, що забезпечує державі або територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

До представників влади належать, перш за все, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції висувати вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові до виконання фізичним і юридичними особами незалежно від їх підлеглості чи відомчої належності.

Отже, представник влади це, як правило, працівник, який перебуває на службі в державних органах, діє від їх імені (за їх дорученням) і у межах своєї компетенції здійснює (реалізує) функції цих органів. Така особа наділяється владними повноваженнями, згідно з якими має право висувати вимоги та приймати рішення, обов'язкові для виконання будь-якими юридичними і фізичними особами, а іноді — застосовувати примусові заходи для забезпечення виконання цих вимог і притягнення до відповідальності осіб, які ухиляються від їх виконання.

Аналіз Закону України «Про державну службу» [7] дає змогу визначити, що до представників влади, зокрема, належать народні депутати України, керівники державних адміністрацій, судді, прокурори, слідчі, оперативний склад Служби безпеки, працівники кримінальної та податкової міліції, державні інспектори та контролери, лісничі, військовослужбовці при виконанні ними обов'язків з охорони громадського порядку чи державного кордону, у тому числі й військовослужбовці конвойної служби та охорони установ виконання покарань тощо. Оскільки Закон пов'язує визнання особи представником влади не з посадою, яку вона обіймає, а з наявністю у неї владних повноважень, представником влади може бути і рядовий працівник державного апарату (наприклад, міліціонер) або навіть представник громадського формування.

З метою правильної кваліфікації злочину, як під час досудового розслідування, так і на стадії судового розгляду кримінальної справи, необхідно чітко розуміти поняття організаційно-розпорядчих функцій, які полягають у здійсненні керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, окремою ділянкою, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах та організаціях (планування роботи, організація праці, забезпечення дисципліни тощо). Такі функції здійснюють, зокрема, керівники міністерств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підроз-

ділів (начальники цехів, завідувачі відділів, лабораторій та їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири) тощо.

Так, згідно з адміністративно-господарськими функціями включають повноваження з управління або розпорядженням державним, комунальним чи колективним майном, що полягає в установленому порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контроль за цими операціями тощо. Такі повноваження у тому чи іншому обсязі мають начальники паливо-господарських, постачальних, фінансових відділів та служб, завідувачі складів, магазинів, майстерень, ательє, їх заступники, керівники відділів підприємств, відомчі ревізори та контролери тощо. Для визнання особою такою, яка виконує адміністративно-господарські функції недостатньо лише однієї умови, що державне, комунальне чи колективне майно є ввіреним винному під матеріальну відповідальність. Для цього необхідно встановити, що особа наділена певними повноваженнями з управління чи розпорядження цим майном або здійснювала контроль за виконанням цих операцій іншими особами.

На думку Хавронюка М.І., особа визнається службовою, в тому разі, якщо здійснює відповідні функції не тільки постійно, а й тоді, коли виконує їх тимчасово або за спеціальним повноваженнями (дорученням), проте лише за наявності певної умови — ці функції покладені на неї правомочним органом (уповноваженою особою) в порядку, який встановлений законом. Тому, як ним зазначалося, при вирішенні питання суб'єктного складу вказаного злочину не має значення чи обіймає вказана особа відповідну посаду за призначенням або на підставі виборів, одержує за виконання службових обов'язків винагороду або здійснює їх на громадських засадах. На наш погляд, доручення, яке є підставою виконання службових обов'язків особи, має бути оформлено належним чином та у порядку визначеним законом. Саме з цих обставин набуття особою службового статусу потребує ретельного вивчення та з'ясування усіх обставин, які передували його набуттю, іноді бувають випадки, коли особа діяла від імені підприємства, установи та організації з порушенням процедури набуття такого статусу і, як наслідок, не маючи певних повноважень, якими наділена особа, що виконує адміністративно-розпорядчі функції.

Вважаємо, що не можуть визнаватися службовими особами і нести відповідальність за відповідні злочини ті працівники підприємств, установ і організацій, які виконують суто професійні, виробничі або технічні функції (п. 1 ППВСУ «Про судову практику в справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. [5]). Проте, якщо такі особи здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг і вчиняють злочини з використанням наданих їм повноважень (наприклад, лікар отримує незаконну винагороду за надання довідки про проходження ЛТК тощо), відповідальність настає за відповідними статтями розділу XVII Особливої частини КК України.

Таким чином, виключно службова особа є суб'єктом вказаного злочину, але співучасником одержання неправомірної вигоди (організатором, підбурювачем, посібником) може бути й будь-яка інша особа. При цьому питання про кваліфікацію дій такої особи як співучасника в цьому злочину має вирішуватися з урахуванням спрямованості її умислу та виходячи з того, у чиїх саме інтересах, на чиєму боці та з чиєї ініціативи — хабаро-одержувача або хабародавця — вона діяла. Тобто, якщо особа не була наділена владними повноваженнями, але отримала неправомірну вигоду, то дії цього суб'єкту злочину потрібно кваліфікувати за ознаками злочину ст. 190 КК України.

В залежності від суб'єктного складу злочину передбаченого ст. 368 Кримінального

кодексу України залежить і його кваліфікація за тяжкістю скоєного діяння, тобто ступінь важкості злочину:

- одержання неправомірної вигоди у значному розмірі;
- одержання неправомірної вигоди у великому розмірі;
- одержання неправомірної вигоди службовою особою, яка займає відповідальне становище;
- одержання неправомірної вигоди за попередньою змовою групою осіб;
- повторне скоєння вказаного злочину;
- отримання неправомірної вигоди поєднане з вимаганням;
- особливо великий розмір;
- отримання неправомірної вигоди службовою особою яка займає відповідальне становище.

Кваліфікуючою ознакою злочину передбаченого ст. 368 КК України, за суб'єктивним складом, є службові особи, які займають відповідальне становище та службові особи, які займають особливо відповідальне становище. Розкриття поняття та відмежування за цим суб'єктивним складом міститься у ч. 2 Примітки до ст. 368 КК України, але необхідно відразу наголосити, що ця норма є відсылною, оскільки повний зміст цього поняття розкритий в законі України «Про державну службу» [7]. Службові особи, які займають відповідальне становище згідно з статтею 25 Закону України «Про державну службу» віднесені до третьої, четвертої, п'ятої та шостої категорій, а також судді, прокурори і слідчі, керівники, заступники керівників органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, у статтях 368, 369 і 382 цього Кодексу є особи, зазначені у частині першій статті 9 Закону України «Про державну службу», та особи, посади яких згідно із статтею 25 Закону України «Про державну службу» віднесені до першої та другої категорій.

Громіздки визначення службових осіб, що містяться у КК України, можна звести до дефініції, яка у повній мірі враховує правові ознаки, які є необхідними та достатніми для застосування цих категорій. Так, службовою особою у КК України є особа, яка на правовій підставі здійснює функції представника влади чи організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції.

Представник влади характеризується: 1) наявністю владних повноважень, тобто здійснює як державну, так і муніципальну владу; 2) правом вчиняти дії, що породжують правові наслідки для всіх чи великої кількості громадян; 3) непов'язаністю у своїй діяльності відомчими рамками. Під організаційно-розпорядчими функціями слід розуміти юридично значущу діяльність, здатну породжувати, змінювати чи припиняти правовідносини, яка полягає в реалізації управлінської влади щодо підлеглих осіб чи їх трудової (службової) діяльності, а під адміністративно-господарськими функціями — юридично значущу діяльність, здатну породжувати, змінювати чи припиняти правовідносини, яка полягає в управлінні та розпорядженні чужим для себе майном, незалежно від форми власності, визначенні правової долі майна.

Під військовими службовими особами розуміються військові начальники, а також інші військовослужбовці, які обіймають постійно чи тимчасово посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним дорученням повноважного командування.

Для окреслення кола службових осіб приватного сектору Закон не дає чітких

орієнтирів. Враховуючи визнані у науці принципи кодифікації, службову особу юридичної особи приватного права варто визначити як особу, яка на правовій підставі здійснює організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції в юридичних особах у статутному фонді яких державна чи комунальна частка не перевищує 50 відсотків або становить величину, що не забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на діяльність такої особи.

Виконання службових функцій за спеціальним повноваженням може мати місце лише тоді, коли: 1) належним є джерело повноважень, тобто зазначені обов'язки покладені на особу Українським народом, законодавством, правомочним органом чи службовою особою, або судом; 2) такі обов'язки покладені у встановленому законодавством порядку; 3) форма їх покладення допускається законодавством.

Аналіз діючого законодавства свідчить про відсутність перешкод для можливості виконання функцій представника влади чи зайняття посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків або здійснення таких обов'язків за спеціальним повноваженням неповнолітньою особою. Необхідності у зміні такої позиції законодавця, шляхом легального підвищення віку, з якого особа може визнаватися службовою, до 18 років немає, адже якщо законодавство допускає до виконання функцій чи обов'язків службової особи неповнолітніх, то це означає, що такі особи значно випередили в фізичному та розумовому розвитку своїх однолітків, володіють достатніми знаннями та досвідом, які дозволяють в повній мірі усвідомлювати ними значимість своєї службової діяльності. У разі вчинення неповнолітнім корупційного злочину, в якості виконавця, необхідно паралельно встановити чи правомірно була надана посада такої особі або чи з дотриманням закону він був наділений відповідними обов'язками. Питання ж про неможливість оцінки неповнолітнім дій, що входять в об'єктивну сторону корупційних злочинів, більше стосується проблем вікової або ж спеціальної осудності, які на сьогодні не знайшли свого відображення в діючому КК України.

Залишається питання про віднесення осіб-членів колегіальних органів до числа службових, у випадку коли не рішення кожної особи окремо характеризується як службове, а рішення лише органу в цілому підпадає під визначення функцій службової особи. Хоча переважає точка зору, відповідно до якої кожна особа, що входить до складу відповідного колегіального органу і правомочна брати участь у прийнятті будь-якого владного рішення, чи рішення організаційно-розпорядчого чи адміністративно-господарського характеру, у зв'язку з цією діяльністю повинна розглядатися як службова особа, проте з врахуванням тлумачення ознак службової особи Верховними Судами України підстави для такого категоричного рішення відсутні, адже фактично не член органу наділений необхідними службовими функціями, а орган у цілому. Разом із тим, хоча рішення приймає орган в цілому, але кожен його член окремо може справити на нього вирішальний вплив. Тому функції представника влади, організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції особа може здійснювати одноособово чи колегіально, шляхом здійснення впливу на загальне рішення через особисте волевиявлення.

У законодавстві України відсутні визначення публічної послуги та особи, яка надає таку послугу. Для цілей КК України, осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг за характером повноважень можна розділити на дві групи: 1) особи, що здійснюють юридично значиму діяльність, тобто ту, яка породжує, змінює чи припиняє правовідносини (нотаріус, арбітражний керуючий, незалежний посередник, член трудового арбітражу, третейський суддя); 2) особи, що здійснюють

квазіуправлінську діяльність, під якою варто розуміти виконання повноважень, результати реалізації яких є правовими підставами для безпосереднього здійснення функцій службовою особою (аудитор, оцінювач, експерт, викладач при оцінюванні знань, лікар при наданні юридично значимих документів тощо). Із врахуванням наведених ознак, необхідно визначити чи є особа такою, що надає публічні послуги.

Аналізуючи систему законодавства, яка визначає осіб, що підпадають під ознаки суб'єкту злочину неправомірної вигоди бачимо, що з метою чіткого розуміння необхідний системний аналіз та підхід багатьох нормативно-правових актів з метою правильного його визначення.

Висновки. Оскільки суб'єктом злочину за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди може бути лише спеціальний суб'єкт — службова особа, необхідно чітко розуміння та правильна його кваліфікація на усіх стадіях як досудового розгляду, так і під час розгляду справи у суді. Неправильне визначення суб'єкта в даній категорії справи не дає змоги правильно кваліфікувати дії винної особи, що призведе до певних перепонів і на стадії судового розгляду кримінального провадження. Таким чином, з метою уникнення неправильної кваліфікації суб'єкта пропонується ще на стадії досудового слідства шляхом перевірки повноважень та статусу суб'єкта злочину надавати оцінку його повноваженням та діям. Також не можна залишити поза увагою і той факт, що неправильне визначення повноважень особи, його статусу може стати перпоною в профільній кваліфікації злочину, а також визначення важкості скоєного діяння.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — №30. — Ст. 141.
2. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 10.12.1948 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. 263.
3. Кримінальний Кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2001, № 25-26, ст.131.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — № 9-10, 11-12, 13. — Ст. 88.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України №5 «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 р. // Верховний Суд України. -2002 р.
6. Банчук О.А. Науково-практичний коментар до кримінального процесуального кодексу України / О.А. Банчук, Р.О. Куйбіда, М.І. Харвронюк. — Харків: Фактор, 2013. — 40 с.
7. Про державну службу: Закон України від 16.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993 рік. — № 52. — Ст. 490.
8. Кришевич О.В. «Кримінальна відповідальність за хабарництво та відмежування його від шахрайства» // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика) . - 2012. - Вип. 1. - С. 117-126.
9. Геля А.П. «Генезис злочинності: детермінація та причинність» Економіка, фінанси, право. - 2010. - N 10. - С. 32-36.
10. Грібов М.Л. Документування та доказування хабарництва // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика): Наук.-практ. журн. 2012 № 2 (28).
11. Нечитайло В.А. Деякі особливості протидії хабарництву, вчиненому службовими особами, які займають відповідальне становище // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика): Наук.-практ. журн. 2013. — № 2 (30).

