

crimes in organized criminal organizations (organized group or criminal organization) are considered.

No doubt the fact that organized crime as extremely dangerous social and legal phenomenon, has a pronounced tendency to change its forms and manifestations. It significantly strengthened its position through the monopolization of a large number of types of illegal activities, resulting in the change of the unit simple, "primitive" crimes come sweeping action, rooted in public administration, economics, the field of transnational social relations.

The undisputed fact is that the nature of organized crime in Ukraine, its intensity and manifestations based on global trends but also with local features that are dictated by various factors: the economic characteristics of regions to their geographical location. The combination of factors that determine the "uniqueness" of this or that region of our country, requires detailed investigation, which will determine the trend of transformation of organized crime at the regional and national level.

Thus, as the art. 255 of the Criminal Code of Ukraine "Setting up a criminal organization," art. 288 of the Criminal Code of Belarus "Forcing people to participate in criminal activities" criminalizing participation in some form of criminal association - namely incitement. Clarification of the content of the criminal-legal norm allows to conclude that criminal liability in the Republic of Belarus for such act is rather harsh, unlike domestic law. Perhaps by setting sufficiently severe sanctions for such actions the legislator is trying to prevent the unlawful exercise of influence on others to get them to join the criminal organization and commit crimes within it. Statistical data for the Ministry of Interior of the Republic of Belarus show that such crimes are very rare. This means that law-enforcement agencies are working proactively and promptly detect such acts by preventing the commission of offenses of criminal organizations.

Keywords: organized group, a criminal organization, criminal association, objective evidence of a crime, coercion, threats.

Надійшла до редакції 30.05.2013

Шиндель Ю. І.

викладач

*(Харківський національний
університет внутрішніх справ)*

УДК 343.358

ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ НА ЗДІЙСНЕННЯ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ У СТРУКТУРІ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО ст. 365-2 КК УКРАЇНИ

Розглянуто окремі питання визначення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 365-2 Кримінального кодексу України. Визначено коло посадових осіб, які при вчиненні нотаріальних дій, поряд з нотаріусами, підлягають кримінальній відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Запропоновано напрями удосконалення закону про кримінальну відповідальність у частини заміни вказівки щодо певного кола суб'єктів розглядуваного злочину, на перелік напрямків діяльності, при вчиненні яких існує можливість виникнення підстав кримінальної відповідальності за вчинення особою наведеного суспільно небезпечного діяння.

Ключові слова: злочини у сфері професійної діяльності, пов'язані з наданням публічних послуг; зловживання повноваженнями нотаріуса; посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії.

Постановка проблеми. Відповідно до Закону України «Про нотаріат» [7], нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. Вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси).

Виклад основного матеріалу. Державне регулювання нотаріальної діяльності полягає у встановленні умов допуску громадян до здійснення нотаріальної діяльності, порядку зупинення і припинення приватної нотаріальної діяльності, анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю; здійсненні контролю за організацією нотаріату, проведенням перевірок організації нотаріальної діяльності нотаріусів, дотримання ними порядку вчинення нотаріальних дій та виконання правил нотаріального діловодства; визначенні органів та осіб, які вчиняють нотаріальні дії, здійснюють контроль за організацією нотаріату, проводять перевірки організації нотаріальної діяльності нотаріусів, дотримання ними порядку вчинення нотаріальних дій та виконання правил нотаріального діловодства; визначенні ставок державного мита, яке справляється державними нотаріусами; встановленні переліку додаткових послуг правового і технічного характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями, та встановленні розмірів плати за їх надання державними нотаріусами; встановленні правил професійної етики нотаріусів.

Разом з тим ст. 3 наведеного Закону встановлює обмеження, що полягають у забороні нотаріусу використовувати свої повноваження з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки чи пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб (п. 3), а також займатися підприємницькою, адвокатською діяльністю, бути засновником адвокатських об'єднань, перебувати на державній службі або службі в органах місцевого самоврядування, у штаті інших юридичних осіб, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім викладацької, наукової і творчої діяльності (п. 4). Таким чином, нотаріуси, як і будь-які посадові особи в Україні, зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

На відміну від суб'єктів злочинів, передбачених статтями 364, 365, 368 та 368-2 КК України, зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, вчиняється не у зв'язку із здійсненням функцій представника влади чи місцевого самоврядування, а у зв'язку з покладанням на них законом обов'язку вчиняти певні дії, що за змістом мають ознаки публічних послуг на професійній основі. Наведене не виключає визначення суб'єктом розглядуваного злочину, осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади,

пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням.

На цей аспект звертає увагу П. П. Андрушко, який зазначає, що публічні послуги, передбачені у ст. 365-2 КК, які надаються особами у зв'язку із здійсненням ними професійної діяльності з їх надання, у передбачених законом випадках можуть надаватися і певними категоріями службових осіб [1, с. 139–140]. Дійсно, відповідно до ч. 1 ст. 40 Закону України «Про нотаріат», до нотаріально посвідчених заповітів (крім секретних) прирівнюються заповіти:

1) осіб, які перебувають на лікуванні у лікарні, госпіталі, іншому стаціонарному закладі охорони здоров'я, а також осіб, які проживають у будинках для осіб похилого віку та інвалідів, посвідчені головними лікарями, їх заступниками з медичної частини або черговими лікарями цих лікарень, госпіталів, інших стаціонарних закладів охорони здоров'я, а також начальниками госпіталів, директорами або головними лікарями будинків для осіб похилого віку та інвалідів;

2) осіб, які перебувають під час плавання на морських, річкових судах, що ходять під прапором України, посвідчені капітанами цих суден;

3) осіб, які перебувають у пошукових або інших експедиціях, посвідчені начальниками цих експедицій;

4) військовослужбовців, а в пунктах дислокації військових частин, з'єднань, установ, військово-навчальних закладів, де немає нотаріусів чи посадових осіб органів місцевого самоврядування, які вчиняють нотаріальні дії, також заповіти працівників, членів їх сімей і членів сімей військовослужбовців, посвідчені командирами (начальниками) цих частин, з'єднань, установ або військово-навчальних закладів;

5) осіб, які тримаються в установах виконання покарань, посвідчені начальниками таких установ;

б) осіб, які тримаються у слідчих ізоляторах, посвідчені начальниками слідчих ізоляторів.

Крім того, до нотаріально посвідчених довіреностей прирівнюються довіреності:

1) військовослужбовців або інших осіб, які перебувають на лікуванні в госпіталях, санаторіях та інших військово-лікувальних закладах, посвідчені начальниками цих закладів, їх заступниками з медичної частини, старшими або черговими лікарями;

2) військовослужбовців, а в пунктах дислокації військової частини, з'єднань, установ, військово-навчальних закладів, де немає нотаріуса чи посадових осіб органів місцевого самоврядування, які вчиняють нотаріальні дії, також довіреності працівників, членів їх сімей і членів сімей військовослужбовців, посвідчені командирами (начальниками) цих частин, з'єднань, установ або військово-навчальних закладів;

3) осіб, які тримаються в установах виконання покарань чи слідчих ізоляторах, посвідчені начальниками таких установ чи слідчих ізоляторів;

4) осіб, які проживають у населених пунктах, де немає нотаріусів, по-

свідчені уповноваженою на це посадовою особою органу місцевого самоврядування, крім довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, довіреності на управління і розпорядження корпоративними правами та довіреностей на користування та розпорядження транспортними засобами.

Зазначені посадові особи зобов'язані негайно передати по одному примірнику посвідчених ними заповітів у державний нотаріальний архів за місцем проживання заповідача, а у разі, якщо заповідач не мав місця проживання в Україні або місце проживання заповідача невідоме, заповіт надсилається до Київського державного нотаріального архіву. Капітани морських суден зобов'язані передати по одному примірнику посвідчених ними заповітів капітанові морського порту або консулові України в іноземному порту для подальшого надсилання їх до державного нотаріального архіву за місцем проживання заповідача.

Виходячи із того, що посвідчення заповітів і довіреностей посадовими особами, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, проводиться з дотриманням вимог Закону України «Про нотаріат», у науці кримінального права України натепер існують протилежні підходи до кваліфікації зловживання повноваженнями з боку наведених осіб під час здійснення ними професійної діяльності з надання публічних послуг щодо посвідчення заповітів, довіреностей та засвідчення справжності підпису на документах (ст. 40-1 Закону України «Про нотаріат»).

П. П. Андрушко вказує, що представники консульських установ та дипломатичних представництв України; головні лікарі, їх заступники з медичної частини, чергові лікарі лікарень, госпіталів, інших стаціонарних закладів охорони здоров'я, начальники госпіталів, директори або головні лікарі будинків для осіб похилого віку та інвалідів; капітани морських, річкових суден, що ходять під прапором України; начальники пошукових або інших експедицій; командири (начальники) військових частин, з'єднань, установ або військово-навчальних закладів; начальники слідчих ізоляторів; начальники, їх заступники з медичної частини, старші або чергові лікарі госпіталів, санаторіїв та інших військово-лікувальних закладів; начальники слідчих ізоляторів; уповноважені на це посадові особи органу місцевого самоврядування, діють як представники влади чи місцевого самоврядування, тобто як особи, що постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади або органах місцевого самоврядування, та, відповідно до цього, підлягають кримінальній відповідальності за ст. 365 КК України.

Таку саму позицію займає й Ю. В. Гордецький, який стверджує, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365-2 КК, крім аудитора, нотаріуса,

оцінювача, експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді, може бути й інша особа, яка не є державним службовцем (виділено нами. – Ю.Ш.) [4, с. 807].

О. О. Дудоров та Г. М. Зеленов, як прибічники буквального тлумачення кримінального закону і матеріально-правового характеру конституційного імперативу «усі сумніви – на користь особи», стверджують, що за межі дій кримінально-правових заборон, передбачених ч. 1 ст. 365-2 і ч. 1 ст. 368-4 КК України, виведені особи, які під час здійснення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зловживали своїми повноваженнями, є при цьому державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування. На їх думку, зловживання повноваженнями особою, яка є державним службовцем або посадовою особою місцевого самоврядування та здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, треба кваліфікувати не за ст. 365-2 КК, а за іншими нормами закону про кримінальну відповідальність. Так, на їх думку, зловживання повноваженнями експерта судово-медичного бюро експертизи, якщо вони полягають у наданні завідомо неправдивого висновку, слід кваліфікувати за ст. 384 КК України [2, с. 499].

Спірність наведених підходів, на нашу думку, зумовлена визначенням підстав кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 365-2 КК, виходячи перш за все із займаної відповідною особою посади (аудитора, нотаріуса, оцінювача, експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді), а не тих повноважень, що пов'язані з наданням публічних послуг, та утворюють зміст відповідного складу злочину (зловживаючи якими особа порушує відповідну кримінально-правову заборону). При цьому не враховується загальний принцип визначення сутності злочину у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, – такий злочин вчиняється не певною особою (службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги), а у зв'язку з виконанням (невиконанням) такою особою в державному апараті, в органах місцевого самоврядування або об'єднаннях громадян, в юридичних особах публічного чи приватного права відповідних обов'язків, покладених на них у межах та у спосіб, що і зумовлює визнання таких осіб службовими особами (за змістом приміток 1 і 2 до ст. 364 КК) або особи, що здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (за змістом ст. 365-2 КК) [3, с. 476].

Саме тому, визначаючи ознаки суб'єкта злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, необхідно виходити із бланкетного характеру наведеної норми закону про кримінальну відповідальність та визначення Законом України «Про нотаріат» нотаріуса лише як одного із суб'єктів нотаріату в Україні, тобто системи органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені вказаним Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. Крім того, ст. 7 наведеного Закону щодо вчинення нотаріальних дій зазначає, що *нотаріуси або посадові особи,*

які вчиняють нотаріальні дії (виділено нами. – Ю.Ш.), у своїй діяльності керуються законами України, постановами Верховної Ради України, указами і розпорядженнями Президента України, постановами і розпорядженнями Кабінету Міністрів України тощо. Таким чином, нотаріуси та посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, визнаються законом саме як такі, що під час посвідчення заповітів і доручень, прирівняних до нотаріальних, діють відповідно до Закону України «Про нотаріат», а не відповідного нормативно-правового акту, що визначає їх службовими особами за змістом приміток 1 і 2 до ст. 364 КК України.

Окремого розгляду потребує й аргументація конституційного імперативу «усі сумніви – на користь особи». За наявності сумніву в оцінці доказів у кримінальному процесуальному праві України існує визнане теорією та закріплене в одній з постанов Пленуму Верховного Суду ще СРСР [8, с. 385–389] положення, що сумніви трактуються на користь обвинуваченого. Міжнародно-правові акти про права людини також виходять з позиції, згідно з якою недоліки в законодавстві чи сумнівні положення не можуть погіршувати становище людини. Частина 3 ст. 62 Конституції України прямо вказує, що всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. Тому наведене правило слід поширити й на матеріальне кримінальне право. Разом з тим наявність сумнівних з позиції кваліфікації зазначених положень свідчить про недоліки кримінального закону та необхідність його вдосконалення. Так, В. О. Навроцький вважає за потрібне закріпити у Кримінальному кодексі України правило про кваліфікацію вчиненого в подібних ситуаціях [6, с. 429]. Відповідні положення були відомі ще римському праву. В найвідомішій його пам'ятці – Дигестах Юстиніана – закріплено положення: *in poenalibus causis benignius interpretandum est; in dubiis — mitium* (у кримінальних справах закон тлумачиться поблагливіво для підсудного; у сумнівних випадках – тим більше); *interprettione legum poena mollindae sunt quam asperandea* (тлумачення закону про покарання має бути швидше м'яким, ніж суворим) [5, с. 127].

Саме тому, порівняльний аналіз санкцій статей 365 та 365-2 КК України дає змогу одностайно стверджувати про необхідність застосування до службових осіб (за змістом приміток 1 і 2 до ст. 364 КК), які вчиняють нотаріальні дії відповідно до Закону України «Про нотаріат», виключно норми, що встановлює підстави кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК).

Стосовно ж аргументації неможливості кваліфікації за ст. 365-2 КК України зловживання повноваженнями особою, яка є державним службовцем або посадовою особою органу місцевого самоврядування і здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, та наведеного О. О. Дудоровим та Г. М. Зеленовим [2, с. 499], слід зауважити таке. Приклад, що був використаний авторами, стосується зловживання повноваженнями експерта судово-медичного бюро експертизи, якщо вони полягають у наданні завідомо неправдивого висновку під час провадження досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи спеціальною тимчасо-

вою слідчою комісією Верховної Ради України або в суді. Таке зловживання, без жодних сумнівів, підлягає кваліфікації за ст. 384 КК. Наведена норма у цьому випадку є спеціальною щодо складу злочину, який передбачений ст. 365-2 КК. Разом з тим такий приклад є ілюстрацією співвідношення двох спеціальних норм (статей 365-2 та 384 КК), а не однієї з цих норм із загальною нормою, що передбачена ст. 365 КК України. У випадку зловживання повноваженнями експерта судово-медичного бюро експертизи, якщо воно полягає в наданні завідомо неправдивого висновку, що не пов'язаний із здійсненням правосуддя, вчинене слід кваліфікувати виключно за ст. 365-2 КК України як зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги. Це при тому, що, відповідно до Інструкції про проведення судово-медичної експертизи, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 року № 6, експерт бюро судово-медичної експертизи МОЗ України є службовою особою (за змістом приміток 1 і 2 до ст. 364 КК України).

Таким чином, вважаємо обґрунтовано доведеним висновок щодо необхідності характеристики суб'єкта злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, поряд з іншими зазначеними у нормі закону особами, не тільки нотаріуса (як уповноваженої державою фізичної особи, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності), а й посадових осіб, які, відповідно до Закону України «Про нотаріат», вчиняють нотаріальні дії.

До кола таких посадових осіб входять: 1) представники консульських установ та дипломатичних представництв України (у разі вчинення нотаріальних дій за кордоном); 2) головні лікарі, їх заступники з медичної частини, чергові лікарі лікарень, госпіталів, інших стаціонарних закладів охорони здоров'я, начальники госпіталів, директори або головні лікарі будинків для осіб похилого віку та інвалідів (у разі посвідчення заповітів); 3) капітани морських, річкових суден, що ходять під прапором України (у разі посвідчення заповітів); 4) начальники пошукових або інших експедицій (у разі посвідчення заповітів); 5) командири (начальники) військових частин, з'єднань, установ або військово-навчальних закладів (у разі посвідчення заповітів і довіреностей); 6) начальники слідчих ізоляторів та установ виконання покарання (у разі посвідчення заповітів та довіреностей); 7) начальники, їх заступники з медичної частини, старші або чергові лікарі госпіталів, санаторіїв та інших військово-лікувальних закладів (у разі посвідчення довіреностей); 8) уповноважені на це посадові особи органу місцевого самоврядування (у разі посвідчення довіреностей осіб, які проживають у населених пунктах, де немає нотаріусів, крім довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, довіреності на управління і розпорядження корпоративними правами та довіреностей на користування та розпорядження транспортними засобами).

1. Андрушко П. П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. – К., 2012.
2. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 2. – Луганськ, 2012.
3. Кримінальне право України. Особлива частина: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / Г. М. Анісімов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., перероб. і доп. – Х., 2010.
4. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., доп. – Х., 2013, Т. 2: Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013.
5. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. / В. О. Навроцький. – 2-ге вид. – К., 2009.
6. Навроцький В. О. Теоретичні поняття кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К., 1999.
7. Про нотаріат: Закон України від 2.09.1993 № 3425-ХІІ // ВВР України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
8. Про судовий вирок: постанова ПВС СРСР від 30 черв. 1969 р. № 4 // Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда СССР по уголовным делам: 1959–1971 гг. / сост.: Л. Г. Алексеева, Г. З. Анашкин. – М., 1973.

Шиндель Ю. И. Злоупотребление полномочиями на осуществление нотариальных действий в структуре состава преступления, предусмотренного ст. 365-2 УК Украины. Рассмотрены отдельные вопросы определения признаков субъекта преступления, предусмотренного ст. 365-2 Уголовного кодекса Украины. Определен круг должностных лиц, которые при совершении нотариальных действий, наравне с нотариусами, подлежат уголовной ответственности за злоупотребление полномочиями лицами, предоставляющими публичные услуги. Предложены направления совершенствования закона об уголовной ответственности в части замены указания определенного круга субъектов рассматриваемого преступления, на перечень направлений деятельности, при совершении которых существует возможность возникновения оснований уголовной ответственности за совершение лицом данного общественно опасного деяния.

Ключевые слова: преступления в сфере профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг; злоупотребление полномочиями нотариуса; должностные лица, совершающие нотариальные действия.

Shyndel Yu. I. Malfeasance in notarial attestation in the structure of corpus delicti under art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine. The article deals with some issues of definition of features of a crime perpetrator under art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine. The author pointed out that the law of Ukraine on criminal liability wrongly indicated such an abuse of power by persons who provide public services as notary. He determined the range of officials, which in notarial acts, along with notaries, shall be criminally liable for abuse of power by persons who provide public services. Thus, by notarized testaments (except confidential) equal testaments attested by: chief physicians, their deputies or doctors on duty of fixed health facilities; captains of sea vessels; heads of research expeditions; commanders of military units; chiefs heads of prisons and detention centers. However, by notarized warrants equal those attested by: head of hospitals, health centers and other military medical establishments; commanders of military units, formations, institutions or military schools; chiefs of penal institutions or remand prisons; officer of the local authority.

Based on the fact that the attestation of testaments and warrants by such officials shall be executed under and in compliance with the Law of Ukraine "On Notariat", they do not act as representatives of the government or local authorities, but in particular as persons exercising professional activities related the provision of public services.

Keywords: malfeasance related to the provision of public services; abuse of powers of a notary; officials executing notarial acts.

Надійшла до редакції 15.07.2013