

ВИЗНАЧЕННЯ ТА НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ – СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ



В. В. Мацко

аспірант кафедри кримінального та адміністративного права Одеського національного морського університету, адвокат, керуючий партнер ЮФ «Мацко та Партнери»

Останнім часом стрімко зростає кількість корупційних злочинів, особливо тих, які стосуються отримання неправомірної вигоди службовою особою. Але попри сталість практики у визначенні кримінально-правової характеристики злочинів, пов'язаних з отриманням неправомірної вигоди, на законодавчому рівні є певні неточності, які стають у подальшому перепорою, як і у пред'явленні обвинувачення, так і в своєчасному розгляді справи у суді.

Відповідно до статті 6 Конвенції «Про захист прав людини та основоположних свобод» [2] 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.

З цієї метою кожен елемент складу злочину повинен бути встановлений належним чином. Як свідчить аналіз судової практики 2014-2015 рр., є багато виправдувальних вироків, з яких вбачається, що орган досудового розслідування, пред'являючи обвинувачення, неправильно визначив суб'єкта злочину, не з'ясував та належним чином не встановив, підпадає підозрювана особа під спеціальний суб'єкт злочину отримання неправомірної вигоди чи ні.

На законодавчому рівні першу градацію на службових та посадових осіб можна знайти в ст. 40 Конституції України [1], де зазначено, що усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самовря-

дування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк.

Таким чином, законодавець в Основному Законі визначив окремо службових осіб і окремо посадових осіб.

У Законі України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. №3723-XII [4] ст. 2 визначена посадова особа, як особа, яка відповідно до цього закону вважається керівником та заступником керівника державного органу та його апарату, на яку покладено встановлене нормативними актами коло службових повноважень. Таким чином, це особа, яка займає певну посаду. Посада – це визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця державного органу та його апарату, на яку покладено встановлене

нормативними актами коло службових повноважень.

Посадовими особами відповідно до цього Закону вважаються керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих і консультативно-дорадчих функцій.

Натомість у цьому законі взагалі не згадується та не визначається поняття службової особи. Поняття службової особи розкрито в примітках 1 ст. 364 Кримінального кодексу України від 5.04.2001 р. №2341-III (далі – КК України), де службовими особами визначені особи, 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 і організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Тотожне визначення службової особи міститься і у ч. 3 ст. 18 КК України.

Необхідно зазначити що за своїм правовим змістом дефініція «службова особа» повністю отожднюється зі змістом «посадової особи», яка містилася в примітках до ст. 164 КК України в попередній редакції. Таким чином, фактично

відбулася заміна терміна, але за своїм змістом заміни цих понять не відбулося. Це передусім пов'язано з тим, що включення поняття «посадова особа» до КК України у попередній редакції відбулося на підставі Закону України «Про державну службу» [4] у 1993 р., а нова редакція Кримінального кодексу України була прийнята у 2001 р., де законодавець застосував новий термін «службова особа», визначивши його лише в кримінальному законі без застосування відсылної норми до іншого Закону України, де було б розкрито це поняття, як правової категорії суб'єкта певних правовідносин.

Верховний Суд України в п. 1 постанови Пленуму «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 р. №5 [5] (далі – Постанова) звертає увагу на те, що згідно з чинним законом відповідальність за одержання хабара (неправомірної вигоди) можуть нести лише службові особи. Таким чином, з'ясування цього питання має впливати на правову кваліфікацію скоєного злочину.

На думку М. І. Хавронюка [3], 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 зазначає згаданий український науковець, при вирішенні питання суб'єктного складу цього злочину немає 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 за 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

Ключовим моментом в ідентифікації службової особи є також і наділення її певними організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями.

Організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділів, лабораторій, кафедр), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробі, бригадири тощо).

Адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, поставальних, фінансових відділів і служб, завідувачів складами, магазинами, майстернями, ательє,

їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо [5].

Тут особливу увагу також необхідно приділяти і моменту набуття таких повноважень, а також на підставі якого документа особа набула цих функцій.

Працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, охоронець тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Наділення цими обов'язками та функціями службових осіб може відбуватися на підставі:

- 1) закону або іншого нормативно-правового акта;
- 2) службових та посадових інструкцій, розроблених та затверджених на підприємстві, установі та організації незалежно від форми власності;
- 3) шляхом делегування (покладання) певних обов'язків на ту чи іншу особу на певний період (строково).

Прикладом покладання на певну службову (посадову) особу певних функцій та виконання організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків на підставі закону можна навести Положення про районний, районний у місті, міський (міста обласного значення) міськрайонний міжрайонний відділ державної виконавчої служби, затверджене Кабінетом Міністрів України від 10.04.2013 р. за №549/5. У цьому положенні чітко визначаються функціональні обов'язки такої службової особи, яка займає посаду начальника відділу державної виконавчої служби.

Також як приклад набуття повноважень на підставі Закону можна вважати ст. 12 Закону України «Про місцеве самоврядування», де визначені певні повноваження міських, селищних та сільських очільників органів місцевого самоврядування.

В свою чергу, шляхом підписання посадової інструкції або ж службових обов'язків працівник набуває певні організаційно-розпорядчі або ж адміністративно-господарські обов'язки.

Так само відбувається і делегування таких обов'язків на певний період часу, коли працівник набуває цих прав та обов'язків на підставі наказу або ж іншого акта.

Таким чином, визначаючи спеціального суб'єкта злочину неправомірної вигоди, необхідно також встановлювати взаємозв'язок та факт набуття службових обов'язків з підстав, зазначених вище. Зокрема, якщо особа, займаючи певну посаду, не була наділена у встановленому порядку повноваженнями, то в такому разі ставиться під сумнів визначення її як спеціального суб'єкта взагалі, і це потребує віднесення її до іншого суб'єкта того чи іншого злочину (наприклад, шахрайство).

Аналізуючи викладене, можна прийти до висновку, що кримінально-правова характеристика суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368 Кримінального кодексу України, дещо звужена. Існування термінологічного поділу на посадових та службових осіб в багатьох випадках не має чіткого визначення за суб'єктним складом, що призводить до певних непорозумінь на практиці. ■

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Конституція України / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, ратифікована / Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
3. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи. – К., Видавництво «Юрисконсульт», 2006. – С. 482.
4. Закон України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. №3723-XII.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 р. №5.