

## ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ НОРМАТИВНИХ ОЗНАК СУБ'ЄКТА ФІКТИВНОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА (СТ. 205 КК УКРАЇНИ)

*БОНДАРЧУК Віталій Вікторович - начальник слідчого відділу ДПІ у Подільському районі міста Києва ДПС, аспірант кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

*Данная статья посвящена анализу субъекта преступления, предусмотренного ст. 205 УК Украины, его существенных юридических признаков.*

**Ключові слова:** суб'єкт злочину, фіктивне підприємництво, створення фіктивного підприємства.

Конституція України закріпила основоположні права і свободи людини і громадянина, як найвищі соціальні цінності. До них відносяться життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека, а також право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується (ст. 43) за умови, що держава забезпечує захист цих прав і свобод, в тому числі і право господарювання за наявності соціальної спрямованості економіки (ст. 13). Також кожна людина має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42).

Створення та діяльність суб'єктів господарювання здійснюється відповідно до норм Цивільного кодексу (далі – ЦК), Господарського кодексу (далі – ГК), іншого базового законодавства та нормативно-правових актів.

Проблему визначення суб'єктів господарювання плідно досліджують українські правознавці – представники цивілістичної школи (О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.) та господарського права (О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін.). Представники цивільного та господарського права поділяють

суб'єктів господарювання на юридичних та фізичних осіб – підприємців, беручи за загальну основу запровадження спеціальних режимів господарювання [1], хоча є і більш чітка їх класифікація [2, 3]. В той же час, на наш погляд, правове становище суб'єктів господарського права з врахуванням цивілістичних засад на монографічному рівні дослідив В.С. Щербина [4].

Саме дослідження, за влучним визначенням П.П. Андрушко, „базового законодавства”, на наш погляд, може посприяти найбільш глибокому дослідженню юридичних ознак (в першу чергу) суб'єктів злочину, передбаченого ст. 205 КК України.

У Конституції України при визначенні особливостей юридичної відповідальності закріплено: „юридична відповідальність особи має індивідуальний характер” (ч. 2 ст. 61). Цей постулат деталізовано в ст. 62 Конституції, яка констатує: „особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком”.

Ці надзвичайно важливі положення Конституції український законодавець конкретизував у певній мірі в нормах чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) (Розділ IV статті 18-22). Так суб'єкт будь-якого злочину повинен мати законодавчо визначені ознаки: 1) ознаки особи – фізична особа [5]; 2) особа має вікові ознаки: 14, 16, 18, 25, 35 років; 3) особи, яким чинним зако-

подавством встановлено спеціальний правовий статус: службова / посадова особа, представник влади, місцевого самоврядування тощо.

Проблема суб'єкта злочину в науці кримінального права хоча й постійно досліджується, проте в силу змін і доповнень, внесених до КК, залишається актуальною.

Слід відмітити, що поняття суб'єкта злочину, передбаченого ст. 205 КК, необхідно розглядати у двох аспектах:

1. Як юридичну категорію, визначену чинним кримінальним законодавством (КК, КПК), а також іншим законодавством та нормативно-правовими актами.

2. Як елемент складу злочину, сукупність ознак за наявності яких певна особа може нести відповідальність за вчинене кримінально-правове посягання [6, с. 320-360].

Що стосується нашої проблематики, то найбільш повно ознаки суб'єкта фіктивного підприємництва визначив П.П. Андрушко, який зазначає, що аналіз об'єктивних ознак злочину (діяння – створення, придбання суб'єкта підприємницької діяльності) та нормативно-правової бази, яка регламентує порядок створення та придбання, дозволяє зробити висновок, що суб'єктами цього злочину можуть бути: 1) фізичні особи (громадяни України, особи без громадянства, іноземці), які є засновниками суб'єкта підприємницької діяльності – юридичної особи; 2) службові особи підприємств, установ, організацій, які прийняли рішення про створення чи придбання іншої юридичної особи; 3) власники (засновники) юридичної особи, які прийняли рішення про створення (придбання) іншої юридичної особи; 4) фізичні особи, які зареєстрували (придбали) за підробленими, викраденими, втраченими паспортами чи за паспортами померлих осіб; 5) особи, які за підробленими документами зареєстрували чи придбали на ім'я інших фізичних та юридичних осіб суб'єкт підприємництва – юридичну особу [7, с. 51-52].

З огляду на це, враховуючи дані судово-слідчої практики застосування ст. 205 КК, увага буде зосереджена саме на юридичних ознаках осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності за фіктивне підприємство.

При дослідженні фіктивного підприємництва, на наш погляд, автори (П.П. Андрушко, П.С. Берзін, Н.О. Гуторова, О.О. Дудоров, Є.Л. Стрельцов та ін.) основну увагу приділяли суб'єктам підприємницької діяльності, що є дуже важливою складовою ознакою фіктивного підприємництва. В той же час щодо визначення специфічних юридичних ознак, за якими особа (особи) може бути визнана суб'єктом (суб'єктами) цього злочину, увага приділяється недостатня в силу своєї малої конкретизації.

Це підтверджується, наприклад, таким: суб'єктом фіктивного підприємництва може бути особа, яка сама або з іншими особами створила (заснувала) та зареєструвала або придбала юридичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності.

При розслідуванні справ за обвинуваченням за ст. 205 КК України у правозастосуванні виникають численні проблеми саме щодо встановлення суб'єктивних ознак цього злочину, що вимагає проведення більш детального аналізу ознак суб'єкта фіктивного підприємництва з метою усунення наявних проблем.

Розділом IV Загальної частини КК України на нормативному рівні (ст.ст. 18-22) визначено суб'єкта злочину (загального, спеціального), його ознаки, при наявності яких може наставати кримінальна відповідальність. У диспозиції ст. 205 КК законодавець ніяких ознак, які б впливали на визначення ознак суб'єкта цього злочину не вказав. У той же час, як засвідчує судова практика, виникає проблема щодо кваліфікації дій службових осіб, які придбали суб'єкт підприємницької діяльності з метою зайняття незаконною діяльністю.

Суб'єкта фіктивного підприємництва характеризують такі законодавчі ознаки: 1) відповідно до ст.ст. 6, 7, 8 КК – це громадяни України, особи без громадянства, іноземці – фізичні особи; 2) особи, яким до вчинення злочину виповнився визначений законом вік (ст. 22 КК); 3) осудна або обмежено осудна особа, яка має необхідні інтелектуальні, психофізичні і соціальні якості (ст.ст.19, 20, 21 КК).

Українські науковці, які досліджували проблему фіктивного підприємництва,

зважаючи на ці обставини, зазначали, що суб'єктом цього злочину є фізична особа, тобто загальний суб'єкт злочину. У випадку, коли вчинення таких дій здійснюється службовою особою шляхом використання службового становища, вчинене належить кваліфікувати за сукупністю із відповідним злочином у сфері службової діяльності, що нами підтримується.

У кримінально-правовому сенсі слід розглянути надзвичайно важливу обставину – чи обґрунтовано законодавець визначив вік відповідальності за злочин, передбачений ст. 205 КК, з 16-річного віку (ч. 1 ст. 22).

Чинний Цивільний кодекс України передбачає можливість надання повної дієздатності особам з 16-річного віку. З цього випливає, що після набуття законної сили рішення суду про визнання особи повністю дієздатною у віці 16 років вказана особа може створювати суб'єкти підприємницької діяльності, придбавати суб'єкти підприємницької діяльності або набувати керівні посади у господарських товариствах.

Зазначене породжує проблему. Відповідно до п. 4.1. Мінімальних стандартних правил ООН стосовно відправлення правосуддя щодо неповнолітніх („Пекінські правила”) 1985р. відмічається, що нижня межа віку кримінальної відповідальності „не повинна встановлюватися на надто низькому віковому рівні, враховуючи аспекти емоційної, духовної та інтелектуальної зрілості”. Аналіз судової практики, даних статистики, наукових праць з питань психічного розвитку осіб у віці 16 років тощо, засвідчують, що дають підстави вважати наступне. Особи у віці 16 років можуть не усвідомлювати в повному обсязі що таке підприємницька діяльність, в якому порядку вона здійснюється, не розуміти всіх прав та обов'язків особи, яка займається підприємницькою діяльністю безпосередньо, або опосередковано шляхом утворення (заснування) юридичної особи.

Ми вважаємо, що без аналізу чинного законодавства, позиції вищих судових органів України вирішувати ці питання однозначно надто складно. Особи, які вчиняють ці злочини, при наявності всієї сукупності юридичних ознак, стають: 1) суб'єктом кримінально-правових відносин; 2) суб'єктом

злочину; 3) суб'єктом кваліфікованого різновиду злочину; 4) суб'єктом видів покарань.

У сучасній судовій практиці України поширеним (за вивченою судовою практикою це складає 96%) є реєстрація підприємства на підставну особу: на безробітного, мало-забезпеченого, на будь-яку іншу особу, яка приймає на себе обов'язки засновника підприємства, керуючись виключно бажанням отримати за це разову винагороду.

Відповідно до п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 р. N 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» дії осіб, на ім'я яких за їх згодою зареєстровано суб'єкт підприємництва з метою, зазначеною в ст. 205 КК, мають кваліфікуватись як сприяння фіктивному підприємництву, а в разі, коли їх діями здійснено легалізацію (державну реєстрацію) суб'єкта підприємництва (підписання та нотаріальне посвідчення установчих документів, призначення на посаду керівника підприємства тощо), – як виконання цього злочину [8, с. 218].

В юридичній літературі висловлювалась пропозиція щодо можливості кваліфікації за ст. 205 КК дій підставних (формальних) засновників і одночасно керівників суб'єктів підприємництва, які не спроможні оцінити характер і зміст вчинюваних ними по службі дій, переконані у їх правомірності та не обізнані у справжній, приховуваній за допомогою суб'єкта підприємництва незаконній діяльності фактичних керівників. З такою пропозицією ми погодитись не можемо у зв'язку із відсутністю в цих осіб спеціально визначеної мети злочину, передбаченого ст. 205 КК. Також вважаємо необґрунтованою точку зору щодо можливості визнання суб'єктом цього злочину інших, відмінних від засновника, осіб, які є службовими особами підприємства за відсутності спеціальної мети, а також не застосовували спеціального способу вчинення цього злочину – неприйняття участі у створенні або придбанні суб'єкта підприємницької діяльності.

Аналіз наукових джерел, судової практики дає підстави вважати, що основною ознакою для визнання особи суб'єктом злочину, передбаченого статтею 205 КК, є наявність

спеціальної мети, яка визначена законом, а особи, які не мають прямого умислу на використання в подальшому створеного/придбаного суб'єкта підприємницької діяльності для прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, не можуть бути засуджені за ст. 205 КК. У той же час, як свідчить судова практика, особи, які стають фактичними неофіційними керівниками та власниками створеного (придбаного) суб'єкта підприємницької діяльності, часто не встановлюються, до кримінальної відповідальності не притягуються, а кримінальну відповідальність несуть саме підставні особи.

Г.Ю.К. в 2007р. за попередньою змовою з невстановленою слідством особою умисно, не маючи на меті ведення підприємницької діяльності, зареєстрував на своє ім'я за грошову винагороду суб'єкт підприємницької діяльності (юридичну особу). Суд відмітив, що Г.Ю.К. незаконно використав норми законодавства (ст.ст. 81, 87, 89 Цивільного кодексу України, ст.ст. 56, 57, 89 Господарського кодексу України). Таку оцінку дій Г.Ю.К. ми не підтримуємо, зважаючи на те, що право на здійснення підприємницької діяльності, в тому числі шляхом створення юридичної особи гарантовано Конституцією (ст. 42). Більш того, далі у вироку суд зазначає, що безпосередню діяльність створеної юридичної особи здійснював не Г.Ю.К., а невстановлені слідством особи шляхом здійснення безтоварних операцій.

Г.Ю.К. було засуджено за ч. 1 ст. 205 та ч. 2 ст. 358 КК України до двох років позбавлення волі, а на підставі ст. 75 КК його було звільнено від призначеного покарання [9].

З цього випливає, що на момент створення (придбання) суб'єкта підприємництва у підставних осіб найчастіше відсутня спеціальна мета – прикрити незаконну діяльність або здійснити види діяльності, щодо яких є заборона.

Вважаємо, що у цьому випадку необхідно дотримуватись принципу суб'єктивного вмінення, та визнавати суб'єктом цього злочину осіб, які створюють або придбають суб'єкт підприємницької діяльності – юридичну особу з метою, визначеною ст. 205 КК України.

Аналіз судової практики засвідчує, що у переважній більшості особи, які створили або придбали юридичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності, не були встановлені. А у справах, направлених до суду за ст. 205 КК, лише у 2% з них було встановлено осіб, в діях яких був склад злочину, передбачений ч. 1 ст. 205 КК, і в 3% – кваліфікований склад, передбачений ч. 2 ст. 205 КК.

В юридичній літературі усталеною точкою зору є те, що ті фіктивні засновники або набувачі юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності, які не є його службовими особами і які надалі не беруть участі у незаконній діяльності, заради прикриття якої створювався чи придбався суб'єкт підприємництва, можуть притягуватись до кримінальної відповідальності за фіктивне підприємництво – як співучасники цього злочину. Погоджуючись з цією думкою, ми вважаємо, що у подібних випадках може мати місце групове вчинення цього злочину за ознаками, передбаченими ч. 2 або ч. 3 ст. 28 КК, що підтверджується судовою практикою [10, 11].

Як зазначається в документах державної податкової служби (в т.ч. – податкової міліції), технологія створення фіктивних підприємств постійно ускладнюється та вдосконалюється, що засвідчує велику суспільну небезпеку не лише самого діяння, а й осіб, які його вчиняють. Дані судової практики свідчать, що фіктивні підприємства створюються за документами реально існуючих засновників, а на керівні посади призначаються теж реально існуючі особи, процедура створення здійснюється з всебічним дотриманням вимог чинного законодавства як до реєстрації, так і своєчасності постановки на облік у відповідних органах. Фіктивним підприємство стає після заміни його керівників і учасників на неіснуючих або підставних осіб, які не пройшли перевірки в органах ДПС за місцем реєстрації підприємства. Інформація про вчинені дії або не подається взагалі, або подається таким чином, щоб вона не була зафіксована в установленому порядку.

Складність кваліфікації таких дій полягає також у тому, що такі та подібні під-

приємства (юридичні особи), як правило, створюють підґрунтя для реєстрації інших підприємницьких структур, що діють з метою отримати незаконні доходи. З цього слідує, що одна особа може створити, придбати або використати декілька фіктивних підприємств, а тому в таких випадках слід вирішувати питання про встановлення продовжуваного або складеного (складного) злочину.

У зв'язку з цим, П.П. Андрушко слушно зазначав, що в тому разі, коли особа, на ім'я якої зареєстровано чи від імені якої придбано суб'єкт підприємницької діяльності – юридичну особу, не усвідомлювала справжньої мети його створення чи придбання, вважаючи, що суб'єкт підприємництва буде здійснювати законну діяльність, вона не підлягає кримінальній відповідальності через відсутність вини. Виконавцем злочину, передбаченого ст. 205 КК, має визнаватись особа, яка спонукала формального власника юридичної особи створити чи придбати її [12, с. 398].

Українські науковці, досліджуючи питання юридичної оцінки дій осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 205 КК України з використанням підставних осіб при вчиненні ухилення від сплати податків і зборів, висловили думку про необхідність розмежування таких різних кримінально-правових проблем, як власне фіктивне підприємництво (склад злочину, описаного у ст. 205 КК) і фіктивне керівництво (заснування) підприємства, яке здійснює реальну, повноцінну фінансово-господарську діяльність, приховану, щоправда, від оподаткування. Так, О.О. Дудоров відмітив, що якщо постанова Пленуму ВСУ від 26 березня 1999 р. N 5 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» містила хоча б вказівку на тих, хто фактично виконував обов'язки службових осіб підприємств, яку при бажанні можна було інтерпретувати як позначення так званих «посередніх» виконавців податкового злочину, то постанова Пленуму ВСУ в 28 жовтня 2004 р. N 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати

податків, зборів, інших обов'язкових платежів» розглядувану кримінально-правову проблему, яка доволі гостро стоїть на практиці, взагалі не чіпає [13, с. 47-48].

У результаті дослідження практики застосування ст. 205 КК встановлено наступне. Діяння, вчинене особами у віці від 20 до 45 років – 92%; з використанням документів підставних осіб – 91,5%; підставними керівниками (в більшості директором – головним бухгалтером) 38%.

Більш складно визначитись у питанні про те, чи можуть фіктивні керівники суб'єктів господарювання притягуватись до відповідальності за вчинення злочинів у сфері службової діяльності. О.О. Дудоров визначається, що такі управлінці є службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття, оскільки на підприємствах незалежно від форми власності вони займають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, як цього вимагає примітка до ст. 364 КК. Легальне визначення поняття службової особи акцентує увагу не на фактичному виконанні певних обов'язків, що для фіктивних управлінців, як правило, не є притаманним, а на обійманні посади, з якою нормативні акти та установчі документи конкретного суб'єкта господарювання пов'язують виконання організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків.

Дослідження наукових джерел та практики застосування ст. 205 КК України дає підстави дійти певних висновків. Суб'єктом фіктивного підприємництва на законодавчому рівні слід визначити фізичну особу, яка досягла 18-річного віку. В залежності від виконуваних функцій, наявних повноважень, мотивів, цілей та мети, слід провести класифікацію суб'єктів цього злочину, якими можуть бути фізичні особи, які суб'єктом (суб'єктами) цього злочину використовуються як підставні особи в разі усвідомлення ними злочинного характеру вчинюваних дій та виконанням об'єктивної сторони злочину в якості співвиконавця, або особи, визначеної ч. 2 або ч. 3 ст. 28 КК, або в якості співучасника (чч. 4, 5 ст. 27 КК).

**АНОТАЦІЯ**

*Стаття присвячена аналізу суб'єкта злочину, передбаченого ст. 205 КК України, його суттєвих юридичних ознак.*

**SUMMARY**

*Given article is devoted to the analysis of the subject of a crime, which is provided for by Art. 205 of Criminal Code of Ukraine and its essential legal features.*

**Література:**

- 1) Хозяйственное право. Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, В.В. Хахулин и др.; Под ред. В.К. Мамутова. – К., 2002. – 912 с.
- 2) Господарське право: Підручник / О.П. Подцерковний, О.О. Квасницька, А.В. Смітюх та ін.; За ред. О.П. Подцерковного. – Х.: Одіссей, 2010. – 640с.
- 3) Вінник О.М. Публічні і приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.
- 4) Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: Монографія / В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.
- 5) В українському праві пропозиції науковців щодо визнання суб'єктом злочину юридичної особи не сприйняті.
- 6) Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гусланського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – 1112 с.
- 7) Андрушко П.П. Коментар до статті 205 Кримінального кодексу України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2002. – №1. – С. 42-54.
- 8) Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах / упоряд. В.В. Рожнова, А.С. Сизоненко, Л.Д. Удалова. – К.: ПАЛИВОДА, 2011 – 456 с.
- 9) Архів Печерського районного суду м. Києва. Справа №1-685/11.
- 10) Архів Дарницького районного суду м. Києва. Справа №1-636/11.
- 11) Архів Печерського районного суду м. Києва. Справа №1-403/11.
- 12) Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005.
- 13) Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика фіктивного підприємництва як злочинного посягання на систему оподаткування / Законодавство України // Науково-практичні коментарі. – 2005. – №4 – С. 43 – 91.