

УДК 343.352(477)

М. А. Магда

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ОСІБ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ

На основі аналізу нормативних джерел та досліджень вчених висвітлено особливості кримінальної відповідальності осіб, які надають публічні послуги, на сучасному етапі та у перспективі очікуваних змін до Кримінального кодексу.

На сучасному етапі розвитку для нашої держави характерні перетворення, направлені на подолання кризових явищ в економіці, на формування і розвиток ринкових відносин. Із виникненням різних форм власності в країні було створено чимало комерційних та інших організацій, в тому числі аудиторські фірми, приватний нотаріат, третейські суди, приватні експертні установи тощо. Деякі представники вказаних установ наділені управлінськими функціями і навіть професійними повноваженнями, наданими державою в порядку ліцензування. Зловживаючи ними, отримуючи неправомірну вигоду, ці особи нерідко завдають шкоди інтересам та авторитету служби вказаних установ, правам окремих громадян, юридичних осіб, інтересам суспільства та держави. У зв'язку з цим у нашій країні актуалізується проблема кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь, що вчинюються особами, які надають публічні послуги.

Криміналізація протиправних діянь осіб, які надають публічні послуги, планувалася ще з 1 січня 2011 р. відповідно до Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 р., однак він втратив чинність. У той же час

Верховною Радою 23 грудня 2010 р. прийнято за основу проект нового Закону «Про засади запобігання та протидії корупції», який передбачає внесення змін до чинного КК, доповнюючи його, зокрема, ст. 365² («Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги») і ст. 368³ («Підкуп особи, яка надає публічні послуги») [1].

Поява нових статей потребує їх детального наукового опрацювання. Особливої уваги потребує визначення та конкретизація суб'єктів злочинів. У юридичній науці питанню відповідальності осіб, які надають публічні послуги, приділяли увагу Є. О. Алауханов, П. П. Андрушко, В. В. Баранкова, Д. Г. Долгих, О. О. Дудоров, В. В. Комаров, А. А. Стрижевська та ін. У той же час нова правова норма ще не досліджена вітчизняними науковцями. Досвід зарубіжних країн, в яких протягом багатьох років встановлена кримінальна відповідальність за схожі діяння, свідчить про те, що з приводу їх кваліфікації виникають проблемні питання. Цілком логічно прогнозувати, що подібна ситуація буде мати місце й у вітчизняній правозастосовчій практиці.

Метою статті є внесення пропозицій для вдосконалення законодавства, набуття чинності яким планується найближчим часом, щодо кримінальної відповідальності осіб, які надають публічні послуги.

Статті 365² та 368³ КК, як і Закон «Про засади запобігання та протидії корупції», передбачатимуть відповідальність нової категорії спеціальних суб'єктів – осіб, які надають публічні послуги. Перш ніж аналізувати їхні особливості, доцільно розглянути, що таке публічні послуги.

В Україні на сьогодні погляди щодо поняття публічних послуг не перетворилися ані в теорію, ані в учення, залишаючись на рівні концепції [2, с. 66]. Відповідно до Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади сферу публічних послуг складають послуги, що надаються органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями, які перебувають в їх управлінні. Залежно від суб'єкта, що надає публічні послуги, розрізняють державні та муніципальні послуги. Державні послуги надаються органами державної влади (в основному виконавчої) та державними підприємствами, установами, організаціями, а також органами місцевого самоврядування в порядку виконання делегованих державою повноважень за рахунок коштів державного бюджету. Муніципальні послуги надаються органами місцевого самоврядування, а також органами виконавчої влади та підприємствами, установами, організаціями в порядку виконання делегованих органа-

ми місцевого самоврядування повноважень за рахунок коштів місцевого бюджету. Важливою складовою як державних, так і муніципальних послуг є адміністративні послуги. Адміністративна послуга – це результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом (органом виконавчої влади, органом місцевого самоврядування, державним підприємством, установою, організацією), що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо) [3].

Отже, до публічних послуг відноситься досить широка сфера діяльності. До них можна віднести, наприклад, видачу дозволів на придбання вогнепальної зброї та спецзасобів, видачу закордонних паспортів, проведення технічних оглядів транспортних засобів, реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, надання освітніх послуг і т. ін.

У той же час ст. 365² та 368³ КК установлюватимуть кримінальну відповідальність більш конкретизованого кола осіб, які надають публічні послуги. До них відносяться аудитори, нотаріуси, експерти, оцінювачі, третейські судді чи інші особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежні посередники або члени трудового арбітражу під час розгляду колективних трудових спорів. Однак, як свідчить аналіз вказаних норм, зазначені суб'єкти не є представниками органів державної влади або місцевого самоврядування, що суперечить Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади. Зазначені розбіжності можна пояснити наступним чином.

Перш за все, вітчизняне законодавство на нормативному рівні не визначає поняття публічних послуг.

По-друге, послуги, які надають зазначені особи, мають ознаки публічності. Зокрема, вони надаються постійно, безперервно невизначеній кількості осіб. Існує певна процедура їх надання, регламентована чинним законодавством. Такі послуги носять не соціальний, а правовий характер – вони полягають у підтвердженні певних фактів, що мають юридичне значення. І головне – право на надання такого роду послуг реалізується на підставі відповідного рішення органів державної влади або місцевого самоврядування.

По-третє, зазначені у ст. 365² та 368³ КК особи прирівняні до таких, що надають публічні послуги. На них поширюється менша кількість обмежень у порівнянні із особами, уповноваженими на виконання функцій держави або органів місцевого

самоврядування, і застосовуються вони до них лише у випадку виконання ними визначених функцій у публічному секторі.

Однак слід зазначити, що ст. 365² та 368³ КК містять хоча й конкретизований, однак невичерпний перелік суб'єктів злочинів. Залишається відкритим питання, кого слід вважати «іншими особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг». Чинне законодавство не надає повного переліку таких суб'єктів. Навіть саме поняття публічних послуг, як уже зазначалось, чинним законодавством не передбачене. Невизначеність вказаного поняття може призвести до суттєвих проблем та порушень у судово-слідчій практиці і навіть до застосування закону за аналогією, що суперечить принципам кримінального права. Адже до «іншої особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», фактично можна віднести адвоката, законного представника фізичної чи юридичної особи, викладача навчального закладу та багатьох інших осіб. Подібний стан, на нашу думку, є недопустимим. Тому законодавцю, за відсутності чинного нормативного визначення поняття публічних послуг та переліку осіб, які їх надають, доцільно передбачити вичерпну кількість спеціальних суб'єктів.

Особливості кримінальної відповідальності нотаріусів, аудиторів, експертів та інших осіб, зазначених у ст. 365² та 368³ КК, також потребують аналізу. Особливої уваги заслуговують актуальні питання кваліфікації протиправних діянь нотаріусів. У науці кримінального права дотепер залишається спірним питання, чи необхідно вважати нотаріуса суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності. Одні науковці притримуються позиції, що нотаріус володіє державно-владним характером, зачіпає найбільш важливі права та законні інтереси громадян та організацій. Вони вважають, що в діяльності нотаріуса особливо важливими є два аспекти: з одного боку, він здійснює свою діяльність від імені держави, яка делегує нотаріусу спеціальні повноваження і наділяє його низкою прав та обов'язків; з іншого – нотаріус не отримує заробітної плати з бюджету, не перебуває у штаті державного апарату і організує свою діяльність самостійно: орендує або придбаває приміщення, обладнання нотаріальної контори, наймає працівників та оплачує їхню працю тощо. Таким чином, нотаріус має унікальний дуалістичний статус, який обумовлює необхідність віднесення його до посадових осіб незалежно від того, що він не перебуває на державній службі і не входить до штату державного апарату. Ця виключність його правового становища виявляється в тому, що нотаріус виконує функції державної влади [4, с. 62].

Інші автори стверджують, що нотаріус (державний чи приватний) відповідно до чинного законодавства не виконує функцій представника влади, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. Фактично правовий статус нотаріуса такий самий, як і в фізичної особи-підприємця [5]. Таким чином, його кримінальна відповідальність виключається взагалі.

Включення до КК ст. 365² та 368³ спрямоване на унеможливлення факту ухилення нотаріуса від кримінальної відповідальності за вчинення протиправних діянь, пов'язаних з виконанням покладених на нього функцій. Однак їх введення навряд чи усуне проблемні питання кваліфікації. Так, наприклад, залишається дискусійним, яку норму закону про кримінальну відповідальність слід застосовувати до державного нотаріуса – голови нотаріальної контори, який допустив зловживання, – ст. 365² чи 364 КК? На нашу думку, в такій ситуації необхідно буде керуватись правилом конкуренції загальної та спеціальної норми закону про кримінальну відповідальність. Відповідно, кваліфікувати дії такої особи потрібно буде за ст. 365² КК.

Заслужовує уваги і питання кваліфікації діянь осіб, які хоч і не є нотаріусами, однак за певних обставин мають право вчиняти нотаріальні дії (представники органів місцевого самоврядування, консульських установ, головні лікарі, капітани морських і річкових суден, начальники пошукових експедицій, командири військових частин, з'єднань, начальники установ виконання покарань та інші особи). На нашу думку, при вирішенні цього питання слід, перш за все, керуватись тим, що зазначені суб'єкти є представниками влади або особами, які виконують організаційно-розпорядчі функції. Нотаріальні дії вони можуть вчиняти не постійно, а лише за виняткових обставин, які чітко передбачені законодавством. Отже, суспільно небезпечні діяння зазначених осіб під час вчинення нотаріальних дій мають кваліфікуватись як злочини у сфері службової діяльності.

Криміналізація зловживань аудитором та підкупу аудитора також безумовно має обґрунтований характер, оскільки насюгодні зазначена особа фактично може нести лише цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність. Однак зміни до КК навряд чи усунуть проблемні питання кваліфікації. Цілком обґрунтовано, що аудитор, який через зловживання надав завідомо неправдивий аудиторський висновок, вважатиметься суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365² КК. Але проведенням аудиторських перевірок його повноваження не вичерпуються. Він може надавати послуги, пов'язані з його професійною діяльністю, зокрема, з ведення та відновлення бухгалтерського

обліку, у формі консультацій з питань бухгалтерського обліку та фінансової звітності, експертизи й оцінки стану фінансово-господарської діяльності та інших видів економіко-правового забезпечення господарської діяльності суб'єктів господарювання. Чи потрібно буде особу, яка допустилася зловживань під час надання таких послуг, притягувати до кримінальної відповідальності за ст. 365² та 368³ КК? З одного боку, чинне законодавство відносить зазначені послуги до аудиторських (ч. 6 ст. 3 Закону України «Про аудиторську діяльність») [6]. Однак вони не породжують фактів, що мають юридичне значення, а мають здебільшого консультативний характер. Насправді такі послуги може надавати будь-яка особа, яка має відповідну освіту та фахові знання. Тому, на нашу думку, суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365² та 368³ КК, мають визнаватись лише ті аудитори, які безпосередньо здійснюють аудиторську перевірку.

Слід зазначити, що законодавством України передбачений такий вид діяльності, як екологічний аудит. Це документально оформлений системний незалежний процес оцінювання об'єкта екологічного аудиту, що включає збирання і об'єктивне оцінювання доказів для встановлення відповідності визначених видів діяльності, заходів, умов, системи екологічного управління та інформації з цих питань вимогам законодавства України про охорону навколишнього природного середовища та іншим критеріям екологічного аудиту (ст. 1 Закону України «Про екологічний аудит») [7]. Виконавцем такого виду діяльності є екологічний аудитор. Залишається незрозумілим, чи вважатиметься така особа суб'єктом злочинів, передбачених ст. 365² та 368³ КК. Фактично аудитор та екологічний аудитор виконують абсолютно різні функції, направлені на досягнення різних цілей. Однак кінцевим результатом як аудиторської перевірки, так і екологічного аудиту є висновок, який має юридичне значення. На нашу думку, законодавцю варто врахувати це питання і внести відповідні зміни до редакції нових статей КК, щоб усунути різнобічні погляди на зазначену проблему.

Особливої уваги потребує дослідження питання кримінальної відповідальності експерта. Відповідно до чинного законодавства він підлягає відповідальності за завідомо неправдивий висновок під час провадження дізнання, досудового слідства, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи тимчасовою спеціальною комісією Верховної Ради України або в суді (ст. 384 КК), відмову без поважних причин від виконання покладених обов'язків у суді або під час провадження досудового слідства, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою чи

тимчасовою спеціальною комісією Верховної Ради України чи дізнання (ст. 385 КК), розголошення даних досудового слідства чи дізнання (ст. 387 КК). Зміни до КК направлені на встановлення відповідальності за зловживання та отримання неправомірної вигоди експертом. Одразу виникає питання, чи необхідно визнавати суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365² та 368³ КК, абсолютно всі категорії експертів, та чи впливає вид і мета їх діяльності на кваліфікацію.

В Україні функціонує велика кількість спеціалізованих експертних установ, підпорядкованих Міністерству юстиції, Міністерству охорони здоров'я, Міністерству внутрішніх справ, Міністерству оборони, Службі безпеки, Державній прикордонній службі. Їхня мета – проведення судових експертиз, тобто дослідження на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового та судового слідства. Експерти зазначених установ є службовими особами, а їхня діяльність обумовлена завданнями судочинства. Тому вказані особи незалежно від змін до КК мають визнаватись лише суб'єктами злочинів проти правосуддя та у сфері службової діяльності.

До проведення судових експертиз, крім тих, що проводяться виключно державними спеціалізованими установами, можуть залучатись також судові експерти, які не є працівниками цих установ, за умови, що вони мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку в державних спеціалізованих установах Міністерства юстиції України, атестовані та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності у порядку, передбаченому Законом України «Про судову експертизу» [8]. Однак вказаних осіб, на нашу думку, не можна буде вважати суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365² та 368³ КК. Причиною цього є той факт, що їх діяльність направлена на вирішення завдань судочинства. Таку діяльність не можна ототожнювати з наданням публічних послуг. Отже, вказані особи можуть підлягати кримінальній відповідальності лише за ст. 384, 385 КК.

Виходячи з цього, суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365² та 368³ КК, можуть визнаватись лише ті експерти, які не є співробітниками спеціалізованих експертних установ, та проводять дослідження за письмовою заявою замовника (юридичної або фізичної особи) поза кримінальним, цивільним, адміністративним або господарським судочинством (наприклад, експерт, який визначає вартість транспортного засобу на замовлення страхової компанії для встановлення суми страхового внеску та страхової виплати).

На підставі викладеного можна зробити висновок, що необхідність встановлення кримінальної відповідальності певної категорії осіб, які виконують делеговані державою публічні послуги, є цілком обґрунтованою та відповідає завданням боротьби зі злочинністю. Однак очікуване введення в дію ст. 365² та 368³ КК, на нашу думку, лише частково вирішить існуючу проблему. З метою усунення можливих випадків неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність, усунення суперечливих питань кваліфікації і розширеного тлумачення редакція зазначених норм має бути вдосконалена. Одним із шляхів вирішення цього питання має стати конкретизація суб'єктів злочинів. У подальшому автором будуть запропоновані заходи щодо вдосконалення законодавства в цій сфері.

Список літератури: 1. Про засади запобігання та протидії корупції [Електронний ресурс] : проект закону України від 17 груд. 2010 р. № 7487. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39289. 2. Венедиктова І. В. Юридична природа публічних послуг / І. В. Венедиктова // Вісник Харківського національного університету. Серія «Право». – 2009. – Вип. № 1 (5). – С. 66–70. 3. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади [Електронний ресурс] : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 90-р. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=90-2006-%F0&new=1>. 4. Комаров В. Законодавство про нотаріат: очікувані зміни / В. Комаров, В. Баранкова // Право України. – 2003. – № 11. – С. 60–64. 5. Зайцев А. Нотариус не может быть субъектом преступлений в сфере служебной деятельности / А. Зайцев, А. Марченко // Юридическая практика. – 05.08.2008. – № 32 (554) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yurpractika.com/article.php?id=100095165>. 6. Про аудиторську діяльність [Електронний ресурс] : закон України від 22 квіт. 1993 р. № 3125-XII. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3125-12>. 7. Про екологічний аудит : закон України від 24 черв. 2004 р. № 1862-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 45. – С. 500. 8. Про судову експертизу [Електронний ресурс] : закон України від 25 лют. 1994 р. № 4038-XII. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=4038-12>. 9. Про нотаріат [Електронний ресурс] : закон України від 2 верес. 1993 р. № 3425-XII. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2929-12>. 10. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень [Електронний ресурс] : наказ М-ва юстиції України від 8 жовт. 1998 р. № 53/5. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0705-98>.

Надійшла до редколегії 24.02.2011

На основе анализа нормативных документов и исследований ученых освещены особенности уголовной ответственности лиц, предоставляющих публичные услуги, на современном этапе и в перспективе ожидаемых изменений в Уголовном кодексе.

Peculiarities of criminal liability of people providing public services nowadays and in the perspectives of changes in Criminal Code are disclosed on the basis of legislative documents and scientists' researches analysis.