

УДК 343.01

Роман Ніколенко,*аспірант кафедри кримінального права**Національного університету «Одеська юридична академія»*

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТ. 365-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ

Зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і впродовж їх виконання, дотримання та застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Це дає змогу застосувати діяльніший підхід для законодавчої конструкції ст. 365-2 Кримінального кодексу України зі спростуванням надмірної диференціації відповідальності.

Ключові слова: кримінальна політика, корупційні правопорушення, публічні послуги, декриміналізація, склад злочину, диференціація відповідальності.

Постановка проблеми. Нині в нашій державі відбуваються складні реформаційні процеси, поряд із якими питання вдосконалення й ефективності кримінального законодавства набуває особливого значення. З огляду на це та на численність вчинення злочинів у службовій і професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг, а також беручи до уваги велику кількість змін і доповнень, що вносилися до Кримінального кодексу України (далі – КК України) останнім часом, особливо до розділу XVII, актуальним є дослідження такого складу злочину, як зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Метою статті є аналіз питань кримінальної відповідальності за ст. 365-2 Кримінального кодексу України.

Вклад основного матеріалу. Кримінально-правова відповідальність за зловживання професійною діяльністю, що пов'язана з наданням публічних послуг, є відносно новою формою реалізації кримінально-правової політики України щодо протидії корупційним деліктам. У цьому сенсі під нею розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належне розроблення, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону суспільних відносин від небезпечних посягань, які здійснюються у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (ст. ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 КК України).

Зловживання професійною діяльністю суб'єктів, які не є службовими особами, є «додатковою» нормою в переліку діянь, пов'язаних із корупційними відносинами.

Саме зловживання під час надання професійних публічних послуг є конститутивним елементом цієї норми. Проте відомо, що в основу криміналізації вказаних діянь було покладено саме суб'єктний склад злочину. Цікаво, що при цьому законодавець змінював обсяг криміналізації, виходячи не з характеристик діяльності, а з характеристик соціального статусу окремих суб'єктів – виконавців окремих професійних функцій.

Так, ч. 2 ст. 358 КК України сформульовано таким чином: «Складання чи видача працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача приватним підприємцем, аудитором, експертом, оцінювачем, адвокатом, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг, завідомо підроблених офіційних документів <...>» [1].

Як бачимо, функція складання та видачі завідомо підроблених документів розподілена серед групи осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг [2]. Причому перелік спеціальних суб'єктів складають такі особи:

- працівники, які не є службовими особами;
- приватні підприємці;
- аудитори;
- експерти;

- оцінювачі;
- адвокати;
- нотаріуси;
- державні реєстратори;
- суб'єкти державної реєстрації прав;
- особа, яка уповноважена на виконання функцій реєстрації;
- державні виконавці;
- приватні виконавці;
- інші особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних та адміністративних послуг.

Вочевидь, останнє положення поглинає всі види діяльності, тому в завершеному вигляді частина диспозиції ч. 2 ст. 358 КК України могла би мати такий вигляд: «Складання чи видача працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних та адміністративних послуг <...>».

Не менш цікавим є питання диференціації відповідальності між окремими спеціальними суб'єктами в ч. 1 ст. 365-2 КК України.

Закон встановлює, що кримінальній відповідальності за зловживання повноваженнями підлягають аудитор, нотаріус, оцінювач, уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, проте здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), або державний реєстратор, суб'єкт державної реєстрації прав, державний виконавець, приватний виконавець із метою отримання неправомірної вигоди. Як бачимо, з переліку суб'єктів у диспозиції ст. 365-2 КК України було вилучено приватних підприємців, адвокатів, проте додано уповноважених осіб або службових осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, членів трудового арбітражу, третейських суддів та інших осіб.

Що ми бачимо, розглядаючи питання диференціації відповідальності в ст. 368-4? Інший перелік осіб. Так, диспозиція ч. 1 ст. 368-4 КК України встановлює, що особами, відповідальними за отримання неправомірної вигоди особою, яка надає публічні послуги, є аудитор, нотаріус, оцінювач, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, проте провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного

керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій). Тобто кількість суб'єктів, які професійно надають публічні послуги, було звужено.

Варто з'ясувати, як і яким чином регуляція схожих соціальних відносин здійснюється окремо для різних соціальних груп та суб'єктів, а також що є основою диференціації відповідальності та відокремлення певних суб'єктів для відображення останніх у відповідній нормі. Зрозуміло, що ефективність правореалізації залежить частково від чіткості законодавчої техніки [3], проте очевидно, що її правила в цьому разі було порушено. Доцільність перелічення в статті Особливої частини КК України всіх категорій осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є мінімальною. У цьому разі саме звернення юридичної громадськості до продовження обговорення питань визнання поняття та змісту публічних послуг як нормоутворюючого елемента диспозицій ст. ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 Кримінального кодексу України є актуальним, оскільки ліквідує правову невизначеність та відповідає загальноправовим принципам законності й рівності як підґрунтя сучасної нормотворчості.

Загальновизнано, що кримінально-правова протидія зловживанню правом у сфері надання публічних послуг вважається відносно невирішеною проблемою у світовому правовому просторі. Серед двох типових шляхів її вирішення маємо назвати притягнення до відповідальності за службові зловживання та формування спеціальної заборони зловживання правом осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Досвід зарубіжних держав у сфері регулювання відповідальності за посадові злочини та злочини у сфері надання публічних послуг є досить різноманітним, часто суперечливим і мінливим, проте повчальним. Для кваліфікації цих злочинів першочергове значення має поняття особи, яка надає публічні послуги, та посадової особи. Тобто в кримінальних кодексах одних країн передбачено загальний вид зловживання повноваженнями, у кримінальних законах інших держав – тільки низка спеціальних видів зловживання. Ці зловживання впливають на економіку й політику, право та ідеологію не лише малорозвинених держав, а й світових лідерів. Нині і практики, і вчені згодні з думкою про те, що абсолютне викорінення зловживань у цій сфері, як і в службовій, напевно, неможливе. Наразі головним завданням є локалі-

зація цих протиправних явищ, зменшення їх обсягу та сфер існування.

Говорячи про недоліки диференціації відповідальності за ст. 365-2 КК України, варто навести певні зауваження.

По-перше, фахівці зазначають, що кількість адміністративних послуг, узгоджених у реєстрі державних послуг, не відповідає повній кількості послуг, які надаються, а отже, потребує коригування й уточнення. Тому необхідне вдосконалення інструментарію інформаційного забезпечення системи надання адміністративних послуг на основі реалізації таких заходів:

- підтримки забезпечення комплексної інформатизації Центрів надання адміністративних послуг у процесі побудови єдиного інформаційного простору;

- надання консультативної допомоги населенню в процесі отримання доступу до Єдиного державного порталу адміністративних послуг із метою скорочення інформаційної надлишковості та використання єдиних правил відкритих стандартів обміну та форматів даних;

- забезпечення належного рівня координації, доступу до інформації та взаємодії між учасниками процесу реформування системи надання адміністративних послуг;

- проведення системних тренінгів із забезпечення інформаційної грамотності населення, створення умов вільного доступу громадян до інформаційної інфраструктури;

- упровадження стимуляційних заходів генерування інформаційних ресурсів сприяння демократичним перетворенням із передбаченням надання номенклатури електронних адміністративних послуг населенню сільської місцевості;

- підтримки забезпечення громадської дискусії щодо реалізації партнерських відносин між населенням і владою в процесі побудови інформаційного суспільства [4].

По-друге, зміна суб'єктного складу не буде, вочевидь, іти на користь правозастосуванню.

По-третє, диспозицію виписано із суттєвих порушенням правил законодавчої техніки, використанням синонімічних термінів всупереч традиційним, оцінним понять.

По-четверте, порушено правила формування санкції норми, яка вводить окремий новий вид відповідальності у вигляді позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до 10 років. Тим самим основні засади призначення покарання, які передбачено в ст. 65 КК України, було порушено, оскільки за умов призначення покарання, керуючись положеннями Загальної частини КК України, суд повинен

користуватися положеннями ст. 55 КК України, яка встановлює, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від 2 до 5 років або як додаткове покарання на строк від 1 до 3 років. Позбавлення права обіймати певні посади як додаткове покарання в справах, передбачених Законом України «Про очищення влади», призначається на строк 5 років [1].

Як бачимо, первісний погляд на цю норму свідчить про суттєві порушення правил законодавчої техніки. Саме це унеможливило адекватне застосування наведеної норми. Найбільш прийнятним варіантом у такому разі, на нашу думку, є прийняття адміністративного законодавства, яке загалом буде регулювати спектр відносин, пов'язаних із наданням адміністративних і публічних послуг, обов'язкове створення правових умов для визначення Єдиного реєстру обов'язкових електронних адміністративних послуг [4, с. 197], а також формулювання відповідної норми на основі цього масиву законодавства та практики його застосування органами управління [5].

Зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і впродовж їх виконання, дотримання й застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Отже, можна визначити зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, як діяльність, яка, по-перше, відбувається лише через здійснення (реалізацію) суб'єктами їхніх юридичних прав; по-друге, завжди є умисною поведінкою; по-третє, заподіює непропорційну шкоду правовим відносинам і їхнім учасникам.

Обов'язковою ознакою публічних послуг є те, що вони безпосередньо зумовлюють юридичні наслідки. Тому ми згодні з тим, що понятійно-категорійний апарат, що стосується характеристик диверсифікації суб'єктного складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, має бути уточнено. Суб'єктами цього злочину доцільно визнавати лише осіб, які безпосередньо надають публічні послуги, як це визначено в назві ст. 365-2 КК України, а не «пов'язаних із наданням таких послуг», про що йдеться в ч. 1 цієї норми.

Вочевидь, зміни змісту цієї правової норми було спрямовано на посилення боротьби з корупцією та корупційними відносинами в державі. Водночас кримінально-політичні передумови протидії корупційним відносинам у державі й досить непослідовній історії змін цієї кримінально-правової норми приводять до можливості формулювання

робочої версії кримінально-правової норми, що досліджується. Вважаємо, що вона може бути сформульована таким чином:

«Зловживання своїми повноваженнями особою, яка здійснює професійне надання публічних послуг, з метою отримання неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським чи державним інтересам, – карається обмеженням волі на строк до 3 років із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років».

Вочевидь, певні зміни має бути зроблено в ст. 368-4 КК України стосовно спрощення диспозиції до концепції отримання неправомірної вигоди особами, які здійснюють професійне надання публічних послуг.

Висновки.

Таким чином, зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і впродовж їх виконання, дотримання й застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Це дає змогу застосувати діяльнісний підхід для за-

конодавчої конструкції ст. 365-2 Кримінального кодексу України зі спрощуванням надмірної диференціації відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

2. Небрат О.О. Деякі аспекти надання адміністративних послуг в Україні. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2014. № 1. С. 130–139.

3. Балобанова Д.О. Законодавча воля та законодавча техніка у кримінальному праві Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 20 травня 2016 р.): у 2 т. / відп. ред. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юридична література, 2016. Т. 2. С. 180–182.

4. Негрич О.М. Формування механізмів розвитку системи надання адміністративних послуг в Україні: дис. ... канд. держ. упр.: 25.00.02; Міжрегіональна Академія управління персоналом. Київ, 2018. 235 с.

5. Шемякін О.В. Відповідальність за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Наше право: спеціалізоване видання. 2012. № 3. Ч. 3. С. 83.

Злоупотребление правом во время предоставления публичных услуг может иметь место как в процессе использования юридических норм, так и в течение их выполнения, соблюдения и применения, что имеет значение для уголовно-правовой оценки деяния. Это позволяет применить деятельностный подход законодательной конструкции ст. 365-2 Уголовного кодекса Украины с опровержением чрезмерной дифференциации ответственности.

Ключевые слова: уголовная политика, коррупционные правонарушения, публичные услуги, декриминализация, состав преступления, дифференциация ответственности.

Abuse of power during the provision of public services may take place both in the process of using legal norms, and during their implementation, observance and application, which is relevant for the criminal-law assessment of an act. This allows us to apply an activity approach to the legislative design of article 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, refuting the excessive differentiation of responsibility.

Key words: criminal policy, corruption offenses, public services, decriminalization, crime composition, differentiation of responsibility.