

НІКОЛЕНКО Р. О.,
аспірант кафедри кримінального права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)

УДК 343.01

ПІДСТАВИ ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ ВИДІВ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

У роботі за умов застосування теоретичних основ концепції декриміналізації до ст.365-2 КК України зроблено висновок про хаотичне та безсистемне формування та генезу диспозиції основного складу злочину у цій нормі. Запропоновано змінити диспозицію у наступному вигляді: зловживання своїми повноваженнями особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням 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.

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

В работе в условиях применения теоретических основ концепции декриминализации к ст.365-2 УК Украины сделан вывод о хаотичном и бессистемном формировании и генезе диспозиции основного состава преступления в этой норме. Предложено изменить диспозицию в следующем виде: злоупотребление своими полномочиями лицом, осуществляющим профессиональную деятельность, связанную с предоставлением публичных услуг, с целью получения неправомерной выгоды для себя или другого физического или юридического лица, если это нанесло существенный вред охраняемым законом правам или интересам отдельных граждан, интересам юридических лиц, общественным или государственным интересам.

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

The application of the theoretical foundations of the concept of decriminalization to Article 365-2 of the Criminal Code of Ukraine concluded that there was a chaotic and unsystematic formation and genesis of the disposition of the main component of the crime in this norm. It is proposed to change the corpus delicti in the following form: An abuse of powers by a person who carries out professional activities related to the provision of public services in order to obtain unlawful benefits to himself or another natural or legal person, if this has significantly harmed the rights or interests protected by law individual citizens, interests of legal entities, public or state interests.

Key words: criminal policy, corruption offenses, public services, decriminalization, crime.

Вступ. Певним досягненням кримінального законодавства України є те, що ідея диференціації кримінальної відповідальності у публічній та непублічній управлінських сферах реалізована в Україні на законодавчому рівні. Характерною рисою спеціальних злочинів



у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є те, що вони можуть вчинятись не у всіх сферах управлінської та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, і до того ж зазвичай службовими особами чи особами, які надають публічні послуги, котрі мають додаткові ознаки. На жаль, відбуваються і відповідні трансформації у сучасній злочинності.

Постановка завдання. Спираючись на теоретичні основи концепції декриміналізації до ст.365-2 КК України, дослідити формування та генезу диспозиції основного складу злочину у цій нормі. Визначити підстави декриміналізації окремих видів професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, та запропонувати більш доцільний виклад диспозиції.

Результати дослідження. Злочин, передбачений ст. 365-2 Кримінального кодексу України «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги», входить до складу Розділу XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини Кримінального кодексу України, що підкреслює тісний зв'язок цих складів злочинів.

Водночас загально визнано, що кримінально-правова протидія зловживанням правом у сфері надання публічних послуг вважається відносно невирішеною проблемою у світовому правовому просторі. Серед двох типових шляхів вирішення останньої маємо назвати притягнення до відповідальності за службові зловживання чи формування спеціальної заборони зловживання правом осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану із наданням публічних послуг [1]. Досвід зарубіжних держав у сфері регулювання відповідальності за посадові злочини та злочини у сфері надання публічних послуг є вельми різноманітним, часто суперечливим і мінливим, але повчальним. Для кваліфікації цих злочинів першочергове значення має поняття особи, яка надає публічні послуги, та посадової особи. Тобто у кримінальних кодексах одних країн передбачено загальний вид зловживання повноваженнями, в кримінальних кодексах інших держав – тільки низка спеціальних видів зловживання. Ці зловживання впливають на економіку і політику, право та ідеологію не тільки малорозвинутих держав, а й світових лідерів. Нині і практики, і вчені погоджуються з думкою про те, що абсолютне викорінення зловживань у цій (як і в службовій) сфері, мабуть, неможливе. Наразі головним завданням є локалізація цих протиправних явищ, зменшення їх обсягу та сфер існування.

Під впливом розвитку професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, низка раніше відомих злочинів суттєво трансформувалася. Основні закономірності видозміни раніше відомої злочинності та виникнення нових видів суспільно небезпечних діянь, які відбуваються під впливом розвитку сучасних корупційних практик, виходять з того, що основною причиною таких трансформацій є можливість учинення їх з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг. Тобто трансформація попиту веде до розвитку нової системи сервісів у галузі державного управління та, відповідно, протидії зловживанням [2].

Зловживанням повноважень особами, які надають публічні послуги, присвятили свої наукові дослідження Ю.І. Шиндель («Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» (2014)), М.В. Рябенко («Кримінально-правова охорона професійної діяльності з надання публічних послуг» (2016)) та інші [3–4].

Питання про співвідношення загальних і спеціальних складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, вирішується за правилами конкуренції загальних і спеціальних норм: застосуванню, як відомо, підлягає спеціальна кримінально-правова норма.

До групи трансформованих спеціальних злочинів належать: традиційні злочини, які у сучасному інформаційному суспільстві можуть вчинюватися у спосіб використання властивостей спеціального суб'єкта, та відносно нова група небезпечних діянь, спрямованих проти суспільного порядку, які здійснюються у спосіб використання професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.



До спеціальних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (в тій частині, в якій вони вчиняються відповідними суб'єктами), можуть бути віднесені, наприклад, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК), порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271 КК), незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ст. 319 КК), завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК), притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК), невиконання судового рішення (ч. 2 ст. 382 КК), примушування давати показання (ст. 373 КК), військові службові злочини (ст.ст. 423–427 КК). Окремими складами з аналогічними суб'єктними характеристиками може бути віднесено діяння, передбачені, ч. 2 ст. 358 та 368-4 КК.

Законодавець декілька раз змінив систему протидії за зловживання наданням публічних послуг, що стосувалося суб'єктного складу та форм реалізації кримінальної відповідальності. З точки зору об'єктивної сторони складу злочину, діяння, передбачене диспозицією основного складу злочину ст.365-2, полягає у використанні особою своїх повноважень, наданих у зв'язку зі здійсненням професійної діяльності (у сфері адміністративній, соціальної, з надання правової допомоги, житлово-комунальній, інформаційній, медичній сфері оздоровлення й відпочинку, освітній, транспортній тощо), і обов'язково є публічною послугою – тобто публічно-владною діяльністю суб'єкту управління, яка пов'язана із виконанням його повноважень, та спрямована на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи і здійснювана за її заявою [5].

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, є аудитор, нотаріус, оцінювач, уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але 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 державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, державним виконавцем, приватним виконавцем. Вважається також, що особами, які надають публічні послуги, можуть бути, зокрема: працівники підприємств, установ та організацій, які надають адміністративні послуги; соціальні працівники, у тому числі працівники реабілітаційних установ і закладів соціального захисту для бездомних осіб і безпритульних дітей; працівники житлово-комунальних організацій; працівники державних та комунальних закладів освіти, охорони здоров'я, культури, фізичної культури і спорту; працівники державних та комунальних підприємств залізничного, повітряного, автомобільного, водного транспорту, міського електротранспорту; журналісти та інші працівники державних і комунальних засобів масової інформації, проте це поширене тлумачення [6].

Водночас, зважаючи на нагальну потребу поширення криміналізації на діяння, які вчиняються значно більшим переліком суб'єктів, ніж зазначені у ч.1.ст 365-2 КК України, висока латентність та процесуальна неспроможність доказування ведуть до певної штучності при застосуванні норми. Штучність притягнення до відповідальності за зловживання повноваженнями осіб, які надають публічні послуги, певним чином підтверджується статистичними даними Генеральної прокуратури України, згідно з якими кількість кримінальних правопорушень, зареєстрованих за останні 5 років за статтею 365-2 Кримінального Кодексу України, має тенденцію до спонтанного збільшення – від 12 випадків у 2012 р. до 0 випадків у 2013 р., до 4 у 2014, 2 у 2015, 8 у 2016, 9 у 2017 р. [7].

Парадоксальність вказаної ситуації певним чином відображується у сучасній політиці протидії цьому виду злочинів з нульовою результативністю.

Критичний погляд на диспозицію норми надає можливість зазначити її певну аморфність.

По-перше, фахівцями зазначено, що кількість адміністративних послуг, узгоджених в реєстрі державних послуг, не відповідає повній кількості послуг, які надаються, а отже,



потребує коригування і уточнення. Тому необхідним є удосконалення інструментарію інформаційного забезпечення системи надання адміністративних послуг на основі підтримки комплексної інформатизації Центрив надання адміністративних послуг; надання допомоги населенню в процесі отримання доступу до Єдиного державного порталу адміністративних послуг; забезпечення належного рівня координації між учасниками процесу реформування системи надання адміністративних послуг [8–9].

По-друге, постійна зміна суб'єктного складу, вочевидь, не піде на користь правозастосуванню.

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

По-четверте, порушено правила формування санкції основного складу норми, яка вводить окремий новий вид відповідальності у вигляді позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 10 років. Тим самим, основні засади призначення покарання, які передбачено ст. 65 КК України, було порушено, оскільки за умов призначення покарання, керуючись положеннями Загальної частини КК, 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 двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років.

Це дозволяє висловити гіпотезу, згідно з якою встановлені в літературі [10–11] принципи декриміналізації цілком відповідають системній необхідності перетворення структури чинної ст. 265 КК з точки зору теорії випадковості, бо саме випадкові норми ведуть до правового хаосу [11]. Виключення хаотичного переліку осіб, які надають публічні послуги, з одночасною критикою оцінних характеристик майбутньої норми, тим не менш піде на користь правозастосуванню.

«Значні перетворення відбулися у сфері кримінально-правової охорони суспільних відносин, пов'язаних зі сферою службової діяльності. Багаторічні теоретичні пошуки, що супроводжувалися використанням зразків міжнародних та європейських стандартів, пов'язаних із протидією корупції, нарешті привели до імплементації у чинне національне кримінальне законодавство сукупності норм, які пов'язали між собою сферу службової та професійної діяльності осіб публічного та приватного права. Водночас є очевидною незавершеність структури зазначених норм, яка буде вимагати їх оптимізації з огляду на тенденції їх застосування в судовій практиці» [12].

Висновки. Отже, з огляду на все вищезазначене, пропонуємо складоутворюючим елементом норми вибрати концепт «публічних послуг» [5], на основі якого можливе наступне бачення структури основного складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги:

«Стаття 365-2. Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

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 трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Ч. ч. 2, 3 ст. 365-2 підлягають скасуванню як елементи надмірної криміналізації.

Список використаних джерел:

1. Загальна характеристика злочинів у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг URL https://pidruchniki.com/1497010960075/pravo/zlochini_sferi_sluzhbovoyi_profesiyanoi_diyalnosti_povyazanoyi_nadanniyam_publichnyh_poslug.
2. Портал державних послуг URL <https://igov.org.ua/>.



3. Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 Київ, 2016. 20 с.
4. Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2014. 19 с.
5. Штирліна А.А. Механізми державного управління функціонуванням системи надання державних послуг в Україні. Дис...канд. наук з держ. упр.: спец. 25.00.02. Київ, 2017. 191 с.
6. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. К.: Атіка, 2012.
7. Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113281&libid=100820&c=edit&c=fo#
8. Негрич О.М. Формування механізмів розвитку системи надання адміністративних послуг в Україні. Дис... канд. держ. управління: спец 25.00.02 Міжрегіональна Академія управління персоналом. Київ, 2018, 235 с.
9. . Голосніченко І.П. Правове регулювання надання адміністративних послуг потребує системного підходу. Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Серія: Політологія. Соціологія. Право. 2012. № 4. С. 43–46.
10. Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации: автореф. дис...канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 М., 2001.29 с.
11. Туляков В. А. Основания теории декриминализации Сучасний вимір держави та права: зб. наук. пр. / за ред. В. І. Терентьєва, О. В. Козаченка. Миколаїв: Іліон, 2008. С. 476–477. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3860/Tulyakov%20V.%20A.%20Osnovaniya%20teorii%20dekriminalizacii.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
12. Мисливий В.А. Криміналізація та декриміналізація: деякі тенденції. Новітні кримінально-правові дослідження 2015: зб. наук. пр. / відп. ред. О. В. Козаченко. Миколаїв: Іліон, 2015. С. 5–8.

