

ВІДПОВІДІ ДЛЯ ВССУ НА ПИТАННЯ СТОСОВНО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ОСІБ (ЕКСПЕРТА, НОТАРІУСА, ЛІКАРЯ, ВИКЛАДАЧА)¹

1. *Чи був експерт, нотаріус, лікар та викладач навчального закладу службовою особою – суб'єктом злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК України, у редакції, що діяла до набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон від 7 квітня 2011 р.)? Чи є вказані особи суб'єктами злочинів, передбачених Розділом XVII Особливої частини КК України, після набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р.?*

І в практичній діяльності, і в науковій літературі з питання про визнання експерта, нотаріуса, лікаря і викладача службовими особами точилися тривалі дискусії, які так і не знайшли свого однозначного вирішення. Так, стосовно *експерта* слід зазначити, що окремі науковці визнавали його службовою особою – у певних ситуаціях або завжди. Наприклад, О.Я. Светлов розглядав судово-медичного експерта як службову особу на тій підставі, що його діяльність тісно пов'язана з відправленням правосуддя. Адже експерт не лікує, а констатує ті чи інші факти, які мають важливе значення для правосуддя (причина смерті, тяжкість тілесного ушкодження тощо). Від його висновків нерідко залежить доля кримінальної справи (див.: Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – С. 119). Таку ж позицію займав В.О. Глушков, який визнавав правильною практику засудження судово-медичних експертів, зокрема, за одержання хабара (див.: Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения: монография. – К.: Гол. изд-во издательского объединения «Вища школа», 1987. – С. 57–61). Ш.Г. Папіашвілі писав, що правовий статус експерта, який працює в державному експертному управлінні, відрізняється від статусу експерта, який працює поза межами такого управління.

¹ Відповіді підготовлено спільно з Г.М. Зеленовим.

Службовою особою пропонувалось визнавати лише того експерта, який працює в державному експертному управлінні (див.: Папашвили Ш. Спорные вопросы взяточничества // Социалистическая законность. – 1968. – № 11. – С. 42–45).

До викладення розділу XVII Особливої частини КК України у новій редакції на підставі Закону від 7 квітня 2011 р. така позиція не відповідала кримінальному закону, оскільки останній не пов'язував визнання особи службовою з роботою на підприємстві, в установі чи організації лише державної форми власності.

Найбільш повно і переконливо у вітчизняній кримінально-правовій літературі обґрунтував положення про неможливість визнання експертів службовими особами В.О. Навроцький. Його основні аргументи можна звести до наступного. По-перше, сам по собі зв'язок особи із відправленням правосуддя не може слугувати підставою для визнання особи службовою. Ніхто ж, наприклад, не розцінює як службових осіб свідків, позивачів, відповідачів тощо. Взагалі важливість функцій того чи іншого працівника, його значення у певній сфері суспільного життя не можуть виступати достатньою підставою для визнання цього працівника службовою особою поза зв'язком із законодавчим визначенням поняття службової особи. По-друге, аналіз законодавства, що регламентує діяльність експертів, свідчить про те, що вони при проведенні експертизи та видачі висновків не здійснюють функцій представників влади та не виконують організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, а реалізують винятково професійні (не управлінські) функції. По-третє, об'єкт злочинів у сфері службової діяльності внаслідок вчинення експертами протиправних діянь не порушується, оскільки порушення, допущені експертом як носієм спеціальних знань, дискредитують лише його самого, а не ті чи інші організації, в яких експерт може працювати. По-четверте, у розглядуваному випадку (через зумовлену необов'язковістю висновку експерта відсутність причинного зв'язку між допущеними експертами порушеннями і суспільно небезпечними

наслідками) відсутня об'єктивна сторона службового злочину. По-п'яте, висновок про невизнання експерта службовою особою впливає із зіставлення кримінально-правових норм про відповідальність за хабарництво і завідомо неправдиві показання та підкуп експерта як злочини проти правосуддя (див.: Навроцький В.О. Чи є експерт службовою особою? // Життя і право. – Пробний номер. – С. 19–21). Свою позицію В.О. Навроцький обстоює послідовно (див., наприклад: Об ответственности медицинских работников // Социалистическая законность. – 1988. – № 1. – С. 57).

Щодо лікаря та викладача навчального закладу слід зазначити, що традиційно у кримінальному праві не визнавались службовими особами ті працівники, які виконують суто виробничі, професійні функції (наприклад, лікар ставить діагноз, здійснює обстеження, лікування, проводить операцію; педагог навчає і виховує, передає знання і контролює їх засвоєння).

Водночас слід звернути увагу на те, що в судовій практиці колишнього СРСР, а так само України за вчинення службових злочинів до кримінальної відповідальності притягувались особи, діяльність яких характеризується різноманітністю і включає в себе виконання не лише виключно професійних обов'язків, а й обов'язків організаційно-розпорядчого характеру. Суб'єктом одержання хабара та інших службових злочинів визнавались, зокрема: лікарі – у разі зловживання повноваженнями, пов'язаними з видачею листків тимчасової непрацездатності, з участю в роботі призовних комісій і проведенням медико-соціальної експертизи; викладачі – за порушення обов'язків, покладених на них як на членів кваліфікаційних та екзаменаційних комісій; вчителі та вихователі – за невиконання обов'язків по забезпеченню порядку та безпеки під час проведення позакласних заходів.

Викладена позиція знаходила чітке відображення у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 30 березня 1990 р. № 4 «Про судову практику у справах про зловживання владою чи службовим становищем, перевищення влади чи службових повноважень, халатність і службове підроблення». Фактично тут йшлося про окремий випадок виконання певними

особами організаційно-розпорядчих обов'язків, не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками. Вважалось, що в подібних ситуаціях вказані особи реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків, тобто врешті-решт їх діяльність носить організаційно-розпорядчий характер, а, отже, вони набувають якості службової особи.

Показовою у цьому плані є позиція Б.В. Волженкіна. Вчений, зокрема, відзначав, що викладацькій діяльності, пов'язаній з контролем за знаннями студентів та учнів, притаманні деякі управлінсько-розпорядчі функції, а тому ця діяльність носить організаційно-розпорядчий характер: від результатів екзаменів залежить можливість вступу у навчальний заклад, право продовжити навчання, отримати стипендію, диплом про закінчення навчального закладу тощо (див.: Волженкин Б.В. Служебные преступления: Комментарий законодательства и судебной практики. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 99).

Пленум Верховного Суду України чітко з розглядуваного питання кваліфікації не висловився. В абз. 6 п. 1 постанови Пленуму від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснювалось лише, що працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, охоронник, тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами тільки за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Разом з тим у нашій доктрині (зокрема, маються на увазі праці П.П. Андрушка і Р.Л. Максимовича) ставала дедалі популярнішою точка зору (свого часу її відстоював, наприклад, Б.В. Здравомислов), згідно з якою при визнанні тієї чи іншої особи службовою не повинен братись до уваги такий

критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. Стверджувалось, що саме з метою недопущення поширювального тлумачення ознак кримінально-правового поняття службової особи законодавець у КК України 2001 р., по-перше, розширив коло документів, які надають права або звільняють від обов'язків і які виступають предметом злочину, передбаченого ст. 358 КК, і, по-друге, передбачив у ст. 354 КК відповідальність за отримання шляхом вимагання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи, організації, який не є службовою особою (так званий хабар неслужбової особи).

В юридичній літературі висловлювались і інші аргументи на користь невизнання зазначених професіоналів службовими особами. Зазначалось, що допуск студента до сесії, переведення його на наступний курс, відрахування з вузу тощо належить не до організаційно-розпорядчих повноважень викладача-екзаменатора, а до компетенції адміністрації вузу, а оформлення різноманітних документів (поряд із власне лікувальними діями) включається в професійну діяльність лікаря. Якщо акцентувати увагу саме на юридичних наслідках службової діяльності, то виходить, що викладач, який за незаконні винагороди не фіксує відсутність студентів, наприклад, на практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути нескладання іспиту і відрахування з вузу. Наголошувалось і на тому, що пацієнт та його роботодавець, студент чи абітурієнт не підлеглі по службі, відповідно, лікарю, який видає листок тимчасової непрацездатності, або викладачу, який виставляє екзаменаційну оцінку, а тому визнання організаційно-розпорядчими функцій, здійснюваних у таких правовідносинах, не ґрунтується на законі. Зазначені функції пов'язані із розпорядництвом, але навряд чи з організацією (див.: Гук О. Суб'єкт службових злочинів // Радянське право. – 1986. – № 12. – С. 55-58; Егорова Н. Управленческие функции специального субъекта преступления (уголовный закон, теория, судебная практика) // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 48; Максимович

Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – С. 191–209; Шнитенков А.В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – С. 105–107).

Однак всупереч викладеним аргументам, а також роз'ясненням, наведеним у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» (у т. ч. про те, які саме обов'язки мають розцінюватись як організаційно-розпорядчі), у правозастосовній практиці України до набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. продовжували траплятись випадки засудження за вчинення службових злочинів (і, зокрема, за одержання хабара) осіб, які не займають адміністративних посад в установах освіти та охорони здоров'я (ректор, декан, завідувач кафедри, головний лікар, завідувач відділення тощо), але професійна діяльність яких включає в себе оформлення та видачу різного роду документів.

Якщо виходити з того, що організаційно-розпорядчі – це обов'язки тільки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях (а перше речення в абз. 3 п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» не містить слів на кшталт «наприклад», «зокрема», «тощо»), то викладений вище підхід варто було розцінювати як вимушене застосування кримінального закону за аналогією, покликане усунути наявні в останньому прогалини. Адже зрозуміло, що наведене тлумачення організаційно-розпорядчих обов'язків як змістовної характеристики кримінально-правового поняття службової особи було викликане насамперед тим, що і освіта, і медицина належать до вельми корумпованих сфер життєдіяльності нашого суспільства.

На користь того, що у розглядуваній ситуації, вочевидь, мало місце поширювальне тлумачення кримінального закону, свідчить, зокрема, та

обставина, що КК України не містив і не містить положення, подібного до п. 4 ст. 4 КК Республіки Білорусь. Відповідно до цієї норми службовими особами (поряд із тими, хто виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки) визнаються і ті особи, які у встановленому порядку уповноважені на вчинення юридично значущих дій.

На сьогодні нотаріуса та експерта, з огляду на пряму вказівку законодавця, віднесено до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. У зв'язку з цим вони, не визнаючись службовими особами, є суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» та ч.ч. 3–4 ст. 368-4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги».

Разом з тим невизначеність на законодавчому рівні з питання про кримінально-правовий статус лікаря та викладача залишається і після набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. Легальні визначення поняття службової особи (ч. 3 ст. 18, п. 1 примітки ст. 364 КК) містять вказівку на виконання організаційно-розпорядчих функцій, у зв'язку з чим продовжує поставати питання про визнання професіонала, уповноваженого на вчинення юридично значущих дій (крім того, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг), службовою особою як суб'єктом, зокрема, одержання хабара (ст. 368 КК) або службовою особою юридичної особи приватного права як суб'єктом, зокрема, комерційного підкупу (ч. 3, ч. 4 ст. 368-3 КК).

Так, Є.Л. Стрельцов і В. Шевчук висловлюються за визнання науково-педагогічного працівника вищого навчального закладу службовою особою – суб'єктом одержання хабара (ст. 368 КК) у тих випадках, коли цей працівник, реалізуючи надане йому право на прийняття заліку, іспиту, курсової роботи, звіту про проходження практики чи проведення інших форм та видів заліково-організаційного контролю, здійснює діяння, які мають конкретні юридичні наслідки або породжують конкретні юридичні факти (переведення студента на наступний курс, отримання стипендії, переведення з контрактної форми

навчання на бюджетну тощо). Зазначається, що у таких випадках науково-педагогічний працівник реалізує право розпоряджатись правами інших суб'єктів навчально-педагогічних відносин – осіб, які навчаються у вищому навчальному закладі, а тому виконує організаційно-розпорядчі функції, набуваючи ознак службової особи (див.: Стрельцов Є., Шевчук В. Корупція в освіті // Юридичний вісник України. – 3-9 березня 2012 р. – № 9). Як бачимо, аргументація є вельми традиційною.

Розглянемо питання про можливість віднесення лікаря та викладача до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Законодавець прямо не вказує на цих осіб (на відміну від нотаріуса та експерта) як на суб'єктів злочинів у ст. ст. 365-2 та 368-4 КК. Ні в КК, ні в регулятивному законодавстві не міститься визначення поняття «публічні послуги». Залишення переліку осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, відкритим і відсутність в КК України легальної дефініції поняття «публічні послуги» створюють значні складнощі при віднесенні тих чи інших осіб до тих, хто здійснює зазначену діяльність. Як слушно зазначає П.П. Андрушко, обов'язковим мало б бути доповнення ст. 365-2 КК приміткою, в якій би давались визначення понять «публічні послуги» та «особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», а також віднесення до суб'єктів цих злочинів осіб, які надають адміністративні послуги (див.: Андрушко П. До початку футбольного матчу залишалось півтори години... (Аналіз окремих норм (положень) проекту Закону «Про засади запобігання і протидії корупції») // Юридичний вісник України. – 7–13 травня 2011. – № 19). Очевидно, що така законодавча невизначеність має компенсуватись тлумаченням закону – судовим (у т. ч. здійснюваним Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ) і доктринальним.

Яким же чином у юридичній літературі пропонується визначати публічні послуги? На думку О.І. Григораша, слід виділяти такі ознаки публічних послуг: 1) вони забезпечують діяльність загальнозначущої спрямованості;

2) мають необмежене коло суб'єктів, що користуються ними; 3) здійснюються або органом державної й муніципальної влади, або іншим суб'єктом; 4) ґрунтуються як на публічній, так і на приватній власності. Названий автор зазначає, що публічні послуги – це послуги, що надаються державними структурами та органами місцевого самоврядування або іншими суб'єктами за рахунок публічних коштів. За ознаками суб'єкта управління, котрий надає публічні послуги, слід розрізняти такі види публічних послуг: 1) державні послуги – це послуги, що надаються органами державної влади (насамперед, виконавчої) та державними підприємствами, установами й організаціями. До числа державних послуг відносяться також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень за рахунок коштів державного бюджету; 2) муніципальні (комунальні) послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування, комунальними підприємствами, установами й організаціями за рахунок коштів місцевих бюджетів; 3) управлінські послуги – це розпорядча діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що регламентована законом і здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб і спрямована на реалізацію їх прав, свобод та законних інтересів; 4) адміністративні послуги, які передбачають юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх, заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо). Суб'єктами реалізації адміністративних послуг є: органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, державні підприємства, установи, організації. Кожна адміністративна послуга повинна мати такі ознаки: надаватися в межах правового поля за зверненням юридичних чи фізичних осіб; надаватися з метою забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної особи; надаватися шляхом реалізації владних повноважень (див.: Григораш О. І. Публічні послуги у сфері державного управління: поняття та зміст [Електронний ресурс] // Науковий вісник Чернівецького університету. – № 385).

Ю.В. Гродецький та С.В. Гізімчук зазначають, що публічні послуги характеризуються такими ознаками: а) спрямованість на захист чи забезпечення умов для реалізації суспільних інтересів, прав та інтересів фізичних або юридичних осіб; б) порядок та форма їх надання визначені державою чи органом місцевого самоврядування; в) вони породжують наслідки правового характеру (див.: Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., перероб. і доп. – Х.: Право, 2010. – С. 263). Т. Коханюк, спираючись на положення Цивільного кодексу України, публічними вважає послуги, які сповіщені та можуть бути надані невизначеному колу осіб (див.: Коханюк Т. Здійснення системного тлумачення положень Особливої частини КК України на прикладі розділу «Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Випуск 51. – С. 357–358).

Враховуючи положення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 90-р, а також положення підпункту «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», якими допускається надання публічних послуг аудиторями, нотаріусами, оцінювачами та іншими представниками приватної сфери, М.І. Хавронюк визначає публічні послуги як послуги, що надаються публічним сектором (тобто органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної та комунальної форми власності), а в окремих випадках – приватним сектором під відповідальність публічного сектору (публічної влади) і за рахунок публічних коштів (тобто коштів державного і місцевого бюджетів). Науковець зазначає, що, крім адміністративних, за критеріями їхнього змісту виділяється такі види публічних послуг, як соціальні, житлово-комунальні, медичні послуги та послуги з оздоровлення й відпочинку, освітні

послуги, послуги з протипожежного захисту та рятування, транспортні послуги і послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо (див.: Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 76).

На думку М.І. Хавронюка, відповідно до підпункту «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» та ч. 1 ст. 365-2 КК особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги, крім осіб, які прямо перелічені у цій нормі КК, є особи, для яких є характерною сукупність таких ознак: 1) вони працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного чи місцевих бюджетів і 2) за рахунок коштів державного бюджету чи місцевих бюджетів професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг. Ними можуть бути, зокрема: працівники підприємств, установ та організацій, що надають адміністративні послуги; соціальні працівники, у т. ч. 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 та комунальних засобів масової інформації. Іншими особами, які надають публічні послуги в установлених законом випадках, можуть бути також адвокати – у разі надання ними безоплатної правової допомоги з оплатою їх послуг за рахунок державного чи місцевого бюджету, а також тимчасові адміністратори банків та інших фінансових установ (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1068–1069;

Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 80–81).

Із викладеного вище випливає, що лікарів і викладачів є підстави відносити до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, – за умови, що вони є працівниками державних та комунальних закладів освіти та охорони здоров'я або працівниками приватних закладів освіти та охорони здоров'я, якщо діяльність цих закладів фінансується за рахунок державних та (або) місцевих бюджетів. Щоправда, за такого тлумачення кримінального закону поза сферою його дії залишається неправомірна поведінка, зокрема, викладачів приватних навчальних закладів, що не мають вказаного фінансування, не дивлячись на те, що їхня освітня діяльність за своїми змістом і правовими наслідками фактично нічим не відрізняється від діяльності викладачів державних і комунальних навчальних закладів.

Разом з тим ми не виключаємо принципово іншого (хоч і не пов'язаного із зміною КК) варіанту розв'язання розглядуваної кримінально-правової проблеми. Маємо на увазі таке тлумачення Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ організаційно-розпорядчих функцій, яке б (на відміну від роз'яснення, наведеного в абз. 3 п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво») не зводило зазначені функції, зміст яких, як і раніше, не розкривається законодавцем, лише до керівництва службовою діяльністю підлеглих чи певною галуззю або ділянкою роботи. Так, якщо організаційний – це той, що пов'язаний з організацією чого-небудь, то розпоряджатись означає не лише мати щось у своєму розпорядженні, а й діяти по відношенню до кого-, чого-небудь на свій розсуд (див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 853, 1258). За такого підходу лікарі і викладачі визнаватимуться службовими особами (службовими особами юридичних осіб приватного права).

2. Чи стосується наявне у частинах 1 статей 365-2, 368-4 КК України обмеження «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування» всіх осіб, перелічених в цих частинах статей? Якщо так, то яким чином слід кваліфікувати дії осіб, які є державними службовцями (наприклад, експерт судово-медичного бюро експертизи) чи посадовими особами місцевого самоврядування?

Тлумачення ч. 1 ст. 365-2 і ч. 1 ст. 368-4 КК дає змогу зробити висновок про те, що зазначене застереження стосується всіх осіб, перелічених в цих нормах.

Аналізуючи ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368-4 і ч. 3 ст. 368-4 КК, М.І. Хавронюк звертає увагу на цей аспект, зауважуючи, що таку неуніфікованість термінології слід розглядати як помилку законодавця, що підлягає виправленню. При цьому науковець, аналізуючи ч. 1 ст. 365-2 КК, пише, що особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги, крім осіб, прямо перелічених у цій нормі, є особи, для яких характерна сукупність таких ознак: 1) вони працюють в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємствах, установах, організаціях або інших підприємствах, установах, організаціях, які фінансуються з державного чи місцевих бюджетів і 2) за рахунок коштів державного бюджету чи місцевих бюджетів професійно виконують повноваження щодо надання публічних послуг (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та доп. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1068–1069, 1085–1086). Таку позицію можна обґрунтувати тим, що публічні послуги, як було показано вище, надаються в першу чергу працівниками державних органів влади та місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами, організаціями.

Будучи прибічниками буквального тлумачення кримінального закону і матеріально-правового характеру конституційного імперативу «усі сумніви –

на користь особи», вважаємо, що за чинних редакцій ч. 1 ст. 365-2 і ч. 1 ст. 368-4 за межі дії цих кримінально-правових заборон виведені особи, які під час здійснення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, зловживали своїми повноваженнями, будучи при цьому державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування, а також особи, які пропонують, надають або передають неправомірну вигоду таким особам.

У зв'язку з цим зловживання повноваженнями особою, яка є державним службовцем або посадовою особою місцевого самоврядування та здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, треба кваліфікувати не за ст. 365-2, а за іншими нормами КК. Наприклад, зловживання повноваженнями експерта судово-медичного бюро експертизи, якщо вони полягають в наданні завідомо неправдивого висновку, слід кваліфікувати за ст. 384 КК. Якщо ж ті чи інші зловживання повноваженнями під час здійснення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг особами, які є державними службовцями або посадовими особами місцевого самоврядування, прямо не передбачено іншими статтями КК, то вони не можуть тягнути кримінальної відповідальності.

3. Яким чином слід кваліфікувати неправомірні дії експерта експертної служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України?

У запиті ВССУ можна прочитати: «Теорією кримінального права працівники правоохоронних органів віднесені до представників влади, а, отже, є службовими особами». Хотіли б уточнити, що працівниками правоохоронних органів є не лише ті особи, які, діючи від імені таких органів, можуть виступати як представники влади, а й, наприклад, технічний персонал (працівники бухгалтерії, прибиральниці тощо). Тобто не всі працівники правоохоронних органів є представниками влади, а, отже, службовими особами.

Експерти експертної служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України мають відповідне спеціальне або військове звання і за наявності підстав у певних випадках можуть визнаватися представниками влади. Наприклад, експерта експертної служби МВС України як звичайного працівника міліції (а не як експерта) залучають до участі в охороні громадського порядку або іншої діяльності, здійснюючи яку, працівник міліції реалізує владні повноваження, а, отже, набуває якості представника влади – службової особи.

З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що експерт не наділений якимось владними чи управлінськими повноваженнями. Тому він підлягає відповідальності не як службова особа, а за статтею, що передбачає кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок. Експерт, який служить у Міністерстві внутрішніх справ, може виступати як службова особа лише у випадку, якщо він виконує не свою звичайну роботу, а, наприклад, залучається начальником для участі в охороні громадського порядку (див.: Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве России. – М.: Изд. центр АРиНА, 2001. – С. 44–45). Слід враховувати і те, що керівники експертних служб можуть визнаватися службовими особами за ознакою виконання організаційно-розпорядчих функцій, адже їм підпорядковуються відповідні підрозділи і працівники останніх.

Що ж стосується проведення експертної діяльності, то в цій частині експерти зазначених органів, включаючи МВС, здійснюють винятково професійну діяльність, не пов'язану із виконанням функцій представника влади, організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій. У зв'язку з цим за відповідні зловживання вказані особи можуть нести відповідальність за нормами розділу XVIII Особливої частини КК «Злочини проти правосуддя» (статті 384, 385 КК). У ч. 3, на відміну від ч. 1 ст. 368-4 КК, відсутнє застереження «яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування». Незважаючи на це, системне тлумачення КК та

врахування принципу «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікуються» дають підстави стверджувати, що суб'єктом «пасивного» підкупу не є державний службовець (наприклад, експерт, який працює в державній установі). Зазначене застереження має бути виключене з ч. 1 ст. 368-4 КК. За наявності підстав діяння такої особи можуть кваліфікуватись за іншими нормами КК (зокрема, за ст. 354 КК).

Одержання неправомірної вигоди тим, хто є керівником відповідної установи (її підрозділу), за надання експертного висновку, якщо для його підготовки використано надані цьому керівнику організаційно-розпорядчі повноваження (наприклад, вказана службова особа з метою одержання потрібного висновку здійснює вплив на підлеглого працівника), має кваліфікуватись за ст. 368 (368-3) КК.