

## До питання про визнання викладача службовою особою

Михайленко Д.Г.

аспірант кафедри кримінального права ОНЮА

Характерною особливістю злочинів у сфері службової діяльності (за виключенням давання хабара) є те, що їх виконавцем може бути лише службова особа. Поняття спеціального виконавця службових злочинів, незважаючи на його закріплення в Кримінальному законі (п.1 і п.2 примітки до ст.364 КК України), є одним з найбільш складних в доктрині та практиці застосування норм про кримінальну відповідальність за дану категорію злочинів. КК України, опираючись на багаторічні традиції, при формуванні підстави визнання конкретної особи суб'єктом службового злочину за основу взяв «функціональний» принцип, за яким особа визнається службовою у випадках фактичного виконання нею вказаних у Законі повноважень, що дозволило сформулювати визначення службової особи досить лаконічно і загальним чином, чим універсвалізувати його. В роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України [1] (далі – ВСУ) викладена позиція щодо розуміння законодавчо закріплених ознак службової особи, але в силу її загального характеру виникає немало проблем при визнанні окремих категорій працівників службовими особами. При цьому інколи допускається сумнівне поширювальне тлумачення ознак службової особи, за яким суб'єктом службових злочинів може визнаватися практично будь-який працівник, що скоїв неправомірне діяння корисного характеру з використанням своїх професійних обов'язків. В таких умовах актуалізується закріплений в міжнародно-правових актах принцип «фактичного зайняття посади», за яким особа визнається службовою тоді, коли її посада входить у вичерпний перелік, даний в законодавстві. Але вже досить давно вважається, що встановити перелік посад, пов'язаних зокрема з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків неможливо, так як постійно виникає необхідність в створенні нових і ліквідації старих посад [2, с.6]. Тому для однакового та справедливого застосування Кримінального закону необхідно виробити та притримуватися єдиного підходу до змісту ознак службової особи.

Одним з найбільш складних, як показує судова практика і юридична література, є питання про визнання службовими особами викладачів. Зокрема до сих пір ведеться нежвава дискусія щодо того, чи є викладач службовою особою чи ні. При чому дана проблема виникла і обговорюється фактично лише в зв'язку з можливістю притягнення викладача до кримінальної відповідальності за одержання хабара. Вирішенню означеного спірного питання і буде присвячена дана стаття.

Видається, що виклад проблематики необхідно розпочати з питань, які в науковій літературі та судовій практиці є загальновизнаними. Так, безспірним є те, що всі функції викладача розділяються на дві принципово різні групи: управлінські та професійні. При цьому управлінські функції викладач здійснює тоді, коли він займає адміністративні посади, такі як ректор, директор, декан, завідуючий кафедрою, учбовою частиною і т. д. Тут варто зауважити, що діяльність, яка здійснюється на вказаних посадах, в строгому значенні взагалі не є викладацькою, але безумовно тісним чином пов'язана з нею. Професійні функції проявляються при здійсненні викладачем процесу навчання, тобто при проведенні лекцій, практичних, семінарських занять тощо.

В літературі вважається, що ті викладачі, які займають адміністративні посади, в зв'язку з реалізацією пов'язаних з ними повноважень визнаються службовими особами, оскільки виконують при цьому організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки [2, с.7; 3, с.43-45; 4, с.122-123]. Професійні ж функції не підпадають під ознаки названих обов'язків, а тому при їх здійсненні викладач не може бути службовою особою. Щоправда в літературі зустрічалася і інша думка. Так, В.І.Соловйов, вважаючи викладачів службовими особами у будь-яких випадках, вказував, що хоча викладацька діяльність і не є управлінською, але деякі розпорядчі функції їй притаманні. Так, викладачі підтримують дисципліну серед учнів, мають право давати їм обов'язкові вказівки в обмеженій сфері [5, с.45-46]. Дані доводи самі по собі є вірними, але вони не можуть слугувати підставою для визнання цих осіб службовими, оскільки з такої трактовки випливає, що будь-яка особа при здійсненні професійних обов'язків наділена деякими організаційно-розпорядчими обов'язками, що розмиває межі поняття службової особи і взагалі ставить під сумнів доцільність його виділення.

Пленум ВСУ підтримує наведену позицію і п.1 згадуваної постанови вказує, що працівники, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (водій) або технічні (друкарка, охоронник тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд із іншими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки.

По-суті таке роз'яснення є вірним, але воно не розв'язує принципову проблему, яка довгий час існувала та існує як в теорії кримінального права, так і в правозастосовчій практиці. Мова йде про визначення природи діяльності викладача під час здійснення контролю знань студентів шляхом прийняття екзаменів та заліків. Такий стан речей не сприяє узагальненню судової практики та позбавляє постанову Пленуму ВСУ необхідної принциповості.

В теорії кримінального права сформувалися дві протилежні позиції щодо вирішення даної проблеми. Одні науковці вважають, що діяльність викладачів по прийому екзаменів та заліків характеризується як професійна, а тому вони не можуть бути визнані суб'єктами службових злочинів [6, с.36; 4, с.119-126; 7, с.157], інші ж висловлюються за визнання такої діяльності управлінською, а викладачів при її здійсненні – службовими особами [8, с.122]. Для формування обґрунтованої позиції з поставленого питання необхідно описати основні аргументи викладених підходів.

Найбільш влучно другу позицію висловив Б.С. Волженкін, тому доцільно його процитувати: «Самій викладацькій діяльності, - пише він, - пов'язаної, зокрема, з контролем над знаннями студентів, характерні деякі розпорядчі функції. Прийом заліків та екзаменів, виставлення оцінок – це діяльність, що має організаційно-розпорядчий характер, так як від її результатів залежить вступ до учбового закладу, право студента продовжувати навчання, отримувати стипендію, отримати диплом про закінчення навчального закладу. Викладач, що допустив зловживання в зв'язку з вказаними повноваженнями, несе відповідальність як посадова особа» [8, с.121-122]. Такий підхід не є новим, він найбільш поширений в науці кримінального права і, більш того, його фактично сприйняла судова практика. Так, судова колегія в кримінальних справах ВСУ, перекваліфікувала дії викладача кафедри вищої математики Луганського індустріального інституту, який одержав хабар на загальну суму 60 дол. США за виставлення позитивних оцінок за екзамен 6-м студентам, з

ст.191-2 КК УРСР 1960р. (одержання незаконної винагороди працівником державної установи) на ст.168 КК УРСР 1960р. (одержання хабара), вказавши, що викладач в даному випадку є посадовою особою за ознакою виконання організаційно-розпорядчих обов'язків, так як виставлення чи не виставлення позитивної оцінки тягне для студентів певні правові наслідки: призначення стипендії, відрахування з інституту тощо. При цьому до переліку службових обов'язків і повноважень викладача на думку суду входило забезпечення рівня викладання предмета за фахом (лекції, практичні, методичні й семінарські заняття, консультації, заліки, екзамени), який відповідав би вимогам щодо підготовки спеціаліста відповідного рівня та кваліфікації [9, с.100-101]. Міністерство освіти та науки України також вважає викладача службовою особою, про що зокрема свідчать адресові керівникам вузів періодичні прохання з боку даного органу вжити необхідних заходів щодо запобігання проявів посадових зловживань та хабарництва під час проведення семестрових екзаменів та вступних випробувань [10]. Інколи вказується, що викладач є службовою особою, оскільки від його оцінки на екзамені залежить наприклад рішення про зарахування до інституту, хоча таке рішення буде приймати керівник закладу, але діяльність викладача створює для цього правові підстави [11, с.10-11].

Аналогічною по-суті питання є практика в деяких інших країнах. Так, зокрема вказується, що оскільки викладачі уповноважені в установленому законом порядку на прийняття у студентів екзаменів чи заліків, то вони є суб'єктами юридично значимих дій і в зв'язку із здійсненням вказаних повноважень підпадають під ознаки посадової особи [12]. Але в даному випадку необхідно зробити важливе уточнення – викладачі в наведеному прикладі визнаються посадовими особами не в зв'язку з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, як це має місце в Україні, а на підставі виконання ними юридично значимих дій (під ними розуміють прийняття рішень, що входять в компетенцію особи, в результаті яких наступають чи можуть наступити юридично значимі наслідки: виникнення, зміна чи припинення правовідносин, а також одержання хабародавцем вигоди майнового чи іншого характеру [13]). Дана ознака посадової особи окремо виділена в КК Республіки Білорусь, а тому визнання викладачів суб'єктом хабарництва в судовій практиці даної країни при всій критичній оцінці чіткості даної ознаки не викликає заперечень. Варто також звернути увагу на

позицію Верховного Суду Казахстану щодо даного питання, за якою діяння викладачів, які виразилися у виставленні незаслуженої оцінки знань студентів, скоєні з корисливих спонукань, а також у випадках, коли указані особи, наряду із здійсненням професійних обов'язків, виконували організаційно-розподільчі функції, потрібно кваліфікувати як посадовий злочин [14].

З наведеного очевидно, що як в Білорусії, так і в Казахстані прийом екзаменів викладачем розцінюють як професійну діяльність, а викладачів при її здійсненні відносять до службових осіб за ознакою виконання юридично значимих дій, при цьому однозначно визнається, що такої діяльності не притаманний організаційно-розпорядчий характер, з чим необхідно повністю погодитися.

Кримінальне ж законодавство України не містить такої ознаки службової особи, як виконання юридично значимих дій, вказуючи лише на здійснення нею функцій представника влади, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків. Відповідно до п.1 постанови Пленуму ВСУ організаційно-розпорядчі обов'язки - це обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Видається, що поняття «юридично значимі дії» є більш широким ніж поняття «організаційно-розпорядчі обов'язки». При цьому здійснення таких обов'язків у будь-якому випадку є юридично значимими діями, а юридично значимі дії – це не завжди реалізація організаційно-розпорядчих обов'язків. Віднесення викладача до категорії службових осіб за змістовно близькою ознакою виконання організаційно-розпорядчих обов'язків є не що інше як аналогія закону, яка відповідно до ч.4 ст.3 КК України заборонена. Тому варто констатувати, що діяльність викладачів по прийому екзаменів чи заліків не є організаційно-розпорядчою та приєднатися до групи авторів, які не визнають їх службовими особами у випадках її здійснення.

Очевидно, що велике суспільне значення прав та обов'язків викладача при прийомі екзаменів чи заліків не може замінити собою закон, який визначив поняття службової особи. Вищеописані дії викладачів це не що інше як виконання ними професійних функцій [15, с.69]. Прийом екзаменів, зокрема, входить в педагогічне навантаження викладача. Оцінка викладача дійсно може в подальшому спричинити

значущі правові наслідки, але цього не достатньо для встановлення організаційно-розпорядчого характеру викладацької діяльності. Крім того, такі правові наслідки виникають не безпосередньо з самого факту виставлення оцінки, а породжуються відповідними рішеннями викладачів, які займають адміністративні посади у вузі (декан, ректор тощо), діяльність же викладача лише створює правову підставу для винесення таких рішень. Ставити знак рівності між правовими наслідками (значенням) оцінки та самою оцінкою і робити з цього висновок про службовий статус викладачів – значить, безмірно розширяти встановлене законом визначення службової особи. До аналогічних висновків приходять і інші автори [7, с.157]. Здійснення викладачами вищевказаних дій, що мають юридичне значення, не підпадає ні під організаційно-розпорядчі, ні під адміністративно-господарські обов'язки і тому формально не може вважатися підставою для визнання особи службовою. Тому діяльність по виставленню «необхідних» оцінок в обмін на будь-які матеріальні блага при здійсненні контролю знань студентів може тягнути кримінальну відповідальність по діючому Закону лише в разі вимагання таких благ. При цьому подібні діяння повинні кваліфікуватися за ст.354 КК України або, за визначених умов, за ч.2 ст.183 КК України.

Але тут не варто випускати із уваги те, що уявлення про можливість притягнення викладача до кримінальної відповідальності за одержання хабара, глибоко закріпилося в суспільній свідомості, а відсутність «формальної» ознаки злочину – кримінальної протиправності, не виключає його матеріальну ознаку – суспільну небезпечність. Як видається по своїй значимості викладацька діяльність, що пов'язана з прийомом екзаменів чи заліків, не поступається діяльності службових осіб. Одержання ж незаконної винагороди за неї, яке навіть не пов'язане з вимаганням, є суспільно небезпечним, а тому потребує невідкладної криміналізації.

Реалізувати викладену пропозицію можна як це пропонується в літературі [16, с.11] шляхом виключення з складу злочину, передбаченого ч.1 ст.354 КК України, ознаки вимагання, що вирішить дану проблему, але створить нову – практично безмежно розширить дію ст.354 КК України. А в силу того, що по своїй суті викладацька діяльність навіть в частині оцінювання знань студентів є професійною, а не службовою, то нелогічним з ціллю проведення такої криміналізації є розширення

поняття службової особи по прикладу зокрема Білорусії. Крім того сумнівною є можливість порушення об'єкта злочинів у сфері службової діяльності через здійснення професійних прав та обов'язків.

З врахуванням викладеного та беручи до уваги існування інших суспільно небезпечних проявів реалізації за незаконну винагороду професійних обов'язків, які не можуть по аналогічним причинам служити підставою для визнання їх суб'єктів службовими особами (наприклад, видача лікарем медичних документів, що мають юридичне значення тощо), видається доречним розширити дію ст.354 КК України, шляхом доповнення її вказівкою на карність незаконного одержання (без ознак вимагання) працівником підприємства, установи чи організації (незалежно від форми власності) винагороди за **незаконне виконання чи невиконання дій, з використанням становища, яке він займає на підприємстві, в установі чи організації, результати яких є правовими підставами для безпосереднього здійснення функцій чи обов'язків службовими особами.** Видається, що таке доповнення чітко відображає суть суспільної небезпеки отримання винагороди за аналізовану викладацьку та іншу подібну професійну діяльність, яка полягає в тому, що така незаконна оплата відводить від особи несприятливі наслідки, які можуть законно застосувати щодо неї інші особи, які мають статус службових.

Серед авторів, які не визнають викладача службовою особою в зв'язку з прийняттям екзаменів чи заліків, не існує єдності щодо того, чи буде службовою особою викладач, який є членом державної екзаменаційної (чи кваліфікаційної) комісії (далі – Комісія). Так, зазначається, що у випадках, коли викладачі притягуються до прийому випускних екзаменів, то вони здійснюють дану діяльність на підставі спеціального наказу ректора вузу і на цій підставі виступають як посадові особи [3, с.45]. На це вказується, що викладачі, приймаючи випускні екзамени, виконують лише свої професійні функції – оцінюють знання студентів, а тому не є посадовими особами [4, с.122].

Для вирішення даної проблеми необхідно виявити особливості правового статусу члена Комісії. Відповідно до Положення про організацію навчального процесу у вищих навчальних закладах [17] голова Комісії призначається міністерствами, відомствами, яким підпорядкований вищий навчальний заклад, на пропозицію

ректора такого закладу, а персональний склад членів Комісії затверджується ректором одноособово. Таким чином, члени Комісії на відміну від простих викладачів діють на підставі спеціального повноваження. Згідно названого Положення Комісія перевіряє науково-теоретичну та практичну підготовку випускників, вирішує питання про присвоєння їм відповідного освітнього рівня (кваліфікації) та видання державного документа про освіту (кваліфікацію). Дану діяльність Комісія здійснює від імені держави, а тому, беручи до уваги те, що рішення Комісії обов'язкові для виконання всіма особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості, видається, що викладачі, які є її членами, в зв'язку з реалізацією задач Комісії будуть службовими особами за ознакою виконання функцій представника влади. При цьому слід мати на увазі, що принциповою відмінністю діяльності викладача по прийняттю екзамену та члена Комісії по проведенню Державної атестації є не порядок допущення таких осіб до описаних дій, а те, що результати оцінювання Комісії є правовою підставою для винесення відповідного рішення щодо студента самою ж Комісією. Тому член комісії виконує функції представника влади не у зв'язку із звичайним оцінюванням знань студентів, а у зв'язку із прийняттям рішення про присвоєння особі відповідного освітнього рівня та видання державного документа про освіту. Таким чином, одержання винагороди за реалізацію своїх повноважень членом Комісії, необхідно розцінювати як одержання хабара. Тут на підтвердження викладеної позиції необхідно зазначити, що відповідно до п.4 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР [18] визнавався посадовою особою лише викладач, який порушував обов'язки покладені на нього як на члена екзаменаційної комісії (а не у випадках прийняття звичайних екзаменів), оскільки на думку Пленуму він в таких випадках виконував організаційно-розпорядчі функції. З незрозумілих причин в діючій постанові дане питання роз'яснено менш конкретно.

Узагальнюючи наведене, хотілося б акцентувати увагу на наступному. Викладач при проведенні контролю знань студентів шляхом прийняття екзаменів чи заліків за діючим КК України формально не може бути визнаний службовою особою, що зумовлює неможливість його притягнення до кримінальної відповідальності за одержання хабара. Спроби обґрунтувати протилежну позицію та існуюча судова практика, яка включає викладача до кола службових осіб за ознакою здійснення ним



організаційно-розпорядчих обов'язків, не засновані на Законі і зводяться до ототожнення названих обов'язків з юридично значимими діями за ознакою спричинення діяльністю викладача правових наслідків, що є аналогією закону. Одержання викладачем незаконної винагороди за виставлення позитивної оцінки на екзамені є суспільно небезпечним діянням, а тому потребує невідкладної криміналізації, шляхом внесення змін до ст.354 КК України. Член Державної екзаменаційної комісії по характеру своїх повноважень є службовою особою, за ознакою здійснення функцій представника влади.

Список використаних джерел:

1. Про судову практику у справах про хабарництво: постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002р.//Юридичний вісник. – 2002. - № 28 (368), 13-19 липня.
2. Прокопович Е.Понятие и квалификация должностных преступлений//Советская юстиция. – 1976. -№17.
3. Лысов М.Д. Ответственность должностных лиц по советскому уголовному праву. – Казань, 1972.
4. Светлов А.Я.Ответственность за должностные преступления. - К.:Наукова думка. – 1978.
5. Соловьев В.И. Борьба с должностными злоупотреблениями, обманом государства и приписками. – М., 1963.
6. Здравомыслов Б.В.Должностные преступления. Понятие и квалификация. – М.: Юридическая литература, 1975.
7. Орлов В.С.Субъект преступления. – М.,1958.
8. Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристь, 2000.
9. Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 19 травня 1998р.(витяг) //Рішення Верховного Суду України. – К.,1999р.
10. Керівникам вищих навчальних закладів I-IV рівнів акредитації: лист Міністерства освіти та науки України 1/9-343 від 17.05.2006 року//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/doc.php?uid=1038.1130.0&context=>.
11. Коржанский Н. Понятие должностного лица//Советская юстиция. - №21. – 1970.

12. О судебной практике по делам о взяточничестве/по материалам обзора судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь за 2003 год//<http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=obzor&vd=11&at=0&m1=2#top>.
13. О судебной практике по делам о взяточничестве: постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь №6 от 26 июня 2003 г.//<http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=post&vd=53&at=0&m1=2>.
14. Некоторые вопросы квалификации преступлений, связанных с выполнением профессиональных обязанностей: постановление Пленума Верховного Суда Казахской ССР № 12 от 18 декабря 1987 года//<http://www.supcourt.kz/site/supcourt.nsf/Documents/7CBFAE8D225FBCA5C6256F190035C70B?OpenDocument>.
15. Шнитенков А.В. Выполнение преподавателем профессиональных и должностных функций// Уголовное право. – 2001. - №4.
16. Борков В. О криминализации поборов // Уголовное право. – 2004. - №3.
17. Положения про організацію навчального процесу у вищих навчальних закладах: затверджено Наказом Міністерства освіти України № 161 від 02.06.1993 року//<http://nau.kiev.ua/nau10/ukr/doc.php?uid=1026.108.0&context=#>.
18. О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге: постановление Пленума Верховного Суда СССР №4 от 30.03.1990г.//Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1990. - №3.