

---

**Розділ VI**

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО**

**В СИСТЕМІ МІЖПРЕДМЕТНИХ ЗВ'ЯЗКІВ**

---

*ДУДОРОВ*  
*Олександр Олексійович*

**ПРО ЗАКОНОДАВЧЕ ВТІЛЕННЯ**  
**ІДЕЇ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ**  
**ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СЛУЖБОВІ ЗЛОЧИНИ**  
**В ПУБЛІЧНІЙ І ПРИВАТНІЙ СФЕРАХ**

Ідея диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах, остаточно втілена в чинному КК України в 2011 р., розроблялась у вітчизняній кримінально-правовій доктрині тривалий час (принаймні з першої половини 90-х рр. ХХ століття). Виникнення цієї наукової ідеї, яка могла розцінюватись як прояв ліберального підходу до вирішення кримінально-правових проблем, обумовленого перебуванням у стані ейфорії («риннок все розставить на свої місця»), стало реакцією на роздержавлення економіки. Вважається, що відображений у нашому КК диференційований підхід щодо кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній і приватній сферах, враховує різницю у суспільній небезпеці діянь, ґрунтується на власному історичному досвіді (дореволюційному, часів непу) і досвіді країн із розвинутою ринковою економікою, враховує положення відповідних міжнародно-правових документів.

Принагідно зауважу, що однією із серйозних новел антикорупційного законодавства стало виокремлення в КК такої категорії суб'єктів, як особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання зазначених осіб (статті 365-2, 368-4). Ці законодавчі зміни, крім усього іншого, спрямовані на те, щоб об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів злочинів (привіряних до службових) тих осіб, стосовно кримінально-правової оцінки діяльності яких виникали

суперечливі судження, коли в одних випадках цих осіб визнавали службовими, а в інших – ні.

Слід констатувати, що законодавчо закріплений варіант диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах одностайної підтримки з боку науковців не знайшов і навряд чи може вважатись досконалим. Так, П. П. Андрушко вказує на невинуватість виокремлення складів злочинів, в яких суб'єктом названо службову особу юридичної особи приватного права, оскільки відповідальність за вчинення нею злочинних діянь передбачається статтями 364, 365, 368 КК. Якщо законодавець мав на меті підвищити (посилити) відповідальність за вчинення зазначених діянь так званими публічними посадовими особами (представниками влади), достатньо було суб'єктами злочинів, склади яких передбачені частинами першими статей 364, 365, 368 КК України, визнати службових осіб юридичних осіб приватного права, одночасно доповнивши ці статті частинами другими, в яких передбачити підвищену (більш сувору) відповідальність за вчинення діянь, вчинених представниками влади. При цьому для науковця безспірним є те, що корупційні злочини, вчинені державними службовими особами, є більш суспільно небезпечними, ніж аналогічні корупційні злочини, вчинені службовими особами юридичних осіб приватного права [1, с. 28, 59].

Як бачимо, П. П. Андрушко не відкидає як таку доцільність диференціації кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності залежно від суб'єкта, однак обстоює інший (порівняно з відображеним у КК) варіант такої диференціації. Заперечують останній інші дослідники, які, підтримуючи встановлення менш суворих санкцій за злочини службових осіб юридичних осіб приватного права, називають оптимальним закріплений у КК підхід до диференціації кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності на тій підставі, що не можна прирівнювати суспільну небезпеку злочину у сфері службової діяльності, вчиненого, наприклад, представником державної влади чи органу місцевого самоврядування та службовою особою приватної компанії. Водночас називається безспірною відсутність подібної диференціації кримінальної відповідальності, зокрема, за службове підроблення і службову недбалість [2, с. 30–35, с. 191–192].

Оцінивши у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію Я. В. Ризак «Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права» законодавчий поділ корупційної сфери на два сектори – державний (публічний) та приватний як не зовсім вдалий та особливо результативний, М. І. Мельник фактично визнає доцільність такого поділу, коли пише, що в приватній сфері антикорупційні заходи не можуть бути «драконівськими» і повинні відрізня-

тись від тих заходів, які застосовуються в державній сфері. Вважаю соціально справедливим те, що злочинність і караність службових зловживань залежать наразі не лише від розміру одержаної неправомірної вигоди, як це було до внесення законодавчих змін 2011 р., а і від того, в якій сферах такі зловживання мали місце.

Підхід законодавця, який при встановленні кримінальної відповідальності службових осіб юридичних осіб приватного права пішов шляхом «прив'язування» об'єктивних ознак найбільш розповсюджених службових злочинів до ознак певного спеціального суб'єкта, А. С. Нерсесян називає сумнівним. «...адже природа повноважень і можливостей службовця юридичної особи приватного права є відмінною від аналогічних повноважень особи, що перебуває на публічній (державній чи муніципальній) службі» [3, с. 397–390]. Поділяючи положення про відмінність у концептуальних підходах, на яких має ґрунтуватись кримінальна відповідальність за службові злочини в публічній і приватній сферах, вимушений констатувати, що точка зору А. С. Нерсесяна виглядає незавершеною і навряд чи конструктивною, оскільки залишає без відповіді питання, якою має бути роль кримінального закону в протидії службовим правопорушенням у приватній сфері та який вигляд повинні мати відповідні кримінально-правові норми (інакше кажучи, наскільки схожими вони мають бути з нормами про кримінальну відповідальність за «традиційні» службові злочини).

Однією з вад неодноразово оновлюваного антикорупційного законодавства є відсутність у ньому визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права» і відсутність посилань на цього суб'єкта в загальному визначенні поняття «службова особа», яке міститься в ст. 18 КК. З урахуванням визначень службової особи, наведених у ч. 3 ст. 18 КК, ч. 1 примітки до ст. 364 КК і ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції», службовими особами юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми слід визнавати осіб, які займають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на підприємствах, в установах чи організаціях, які не є державними чи комунальними або привієняними до останніх, а також осіб, які виконують організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням. Щоправда, використаний у розділі XVII Особливої частини КК зворот «службова особа юридичної особи приватного права» не повною мірою узгоджується з визначенням поняття службової особи, закріпленого у ч. 3 ст. 18 КК, адже навряд чи охоплює осіб, які, не займаючи посад в юридичних особах приватного права, виконують в інтересах цих юридичних осіб організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням.

На сьогодні можна однозначно стверджувати, що фізичні особи – підприємці не повинні нести відповідальність за ст. 364-1 і ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, оскільки в назвах і диспозиціях цих норм фігурують службові особи юридичних осіб приватного права, а згадані підприємці займаються своєю діяльністю в організаційно-правовій формі, яка не передбачає створення юридичної особи. Ті ж фізичні особи – підприємці, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, можуть нести відмінну від відповідальності службових осіб відповідальність за ст. 365-2 і ст. 368-4 КК. Водночас питання про відповідальність фізичних осіб – підприємців у межах розділу XVII Особливої частини КК може поставити в контексті складів злочинів, передбачених ст.ст. 366, 367, 370 КК. Суб'єктами цих злочинів є службові особи, ознаки яких закріплено в ч. 3 ст. 18 КК України. Законами, які надають фізичним особам – підприємцям повноваження виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, є положення цивільного, господарського і трудового законодавства, на підставі яких ці особи керують найманими працівниками та розпоряджаються майном.

З ч. 1 примітки до ст. 364 КК випливає, що до службових осіб юридичних осіб приватного права мають бути віднесені, зокрема, особи, котрі займають відповідні посади на підприємствах, у статутному фонді яких державна чи комунальна частка не перевищує 50 відсотків або становить величину, що не забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність таких підприємств. Виходить, що у КК законодавець суперечить положенням ЦК України, визнаючи додатковим критерієм поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного і публічного права форму власності (частку держави чи територіальній громаді у статутному фонді певної юридичної особи).

Для того, щоб забезпечити належну кримінально-правову охорону майна, Д. М. Горбачов ініціює перегляд абз. 2 ч. 1 примітки до ст. 364 КК, пропонуючи викласти це законодавче положення в такій редакції: «Для цілей статей 364, 365, 368, 368-2, 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких є державна чи комунальна частка» [4, с. 9, 50–51, 191]. Однак кримінально-правові норми про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності покликані забезпечувати не охорону майна, а належне здійснення своєї діяльності службовими особами. Добре це чи ні, але законодавець у чинному КК, як вже зазначалось, прагне диференціювати кримінальну відповідальність за службові злочини в публічній і приватній сферах, і критиковане Д. М. Горбачовим положення про прирівняні юридичні особи – допоміжний важіль такої диференціації. Тому чинна редакція абз. 2 ч. 1 примітки до ст. 364 КК виглядає більш виваженою порівняно з формулюванням цієї норми, яке висуває Д. М. Горбачов.

Звернення до цивілістичної літератури (праці С. О. Іванова, І. М. Кучеренко, Р. А. Майданика та ін.) дозволяє стверджувати, що закріплений у ЦК поділ юридичних осіб на два види (публічного і приватного права) не має необхідної наукової аргументації. Так, крім загальноприйнятих юридичних осіб публічного права, виділяються юридичні особи приватного права з делегованими публічними функціями. Критерієм класифікації юридичних осіб на приватні та публічні (замість способу створення) пропонується визнавати мету їх утворення (виконання або невиконання на постійній основі публічних завдань). Обґрунтовується також положення про неможливість визнання статусу юридичних осіб публічного права за державними та комунальними підприємствами (крім тих, яким майно належить на праві оперативного управління). Викладене наводить на думку про невдалість закріпленого в ЦК розмежування юридичних осіб на публічні та приватні лише за способом їх створення при тому, що таке розмежування безпосередньо впливає на кримінальну відповідальність за службові злочини. Як бачимо, обраний законодавцем критерій для втілення ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення різних управлінців не є безспірним. Для більш якісного розв'язання проблеми такої диференціації в ЦК бажано провести більш чітке розмежування між юридичними особами публічного і приватного права.

Визнання державного комерційного підприємства суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 74 ГК), хоч за закріпленою в ЦК класифікацією юридичних осіб вказане підприємство належить до юридичних осіб публічного права, засвідчує, що виокремлення на рівні суб'єктів господарювання сфер публічного та приватного управління позбавлене однозначності. Виходить, що в удосконаленому визначенні поняття «публічної» службової особи повинні фігурувати не будь-які державні підприємства, а лише казенні підприємства.

Назви ст. 364-1 і ст. 368-3 КК бажано скоротити, виключивши з них словосполучення «незалежно від організаційно-правової форми». Останнє невинувато загрозає кримінально-правові заборони, не допомагаючи з'ясувати коло суб'єктів злочинів, передбачених вказаними статтями КК. Також використання цього формулювання в тексті кримінального закону не бере до уваги ту обставину, що в цивілістиці питання про перелік і зміст організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права належить до числа дискусійних.

В юридичній літературі зустрічаються різні цікаві пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавчого описання складів злочинів, вчинюваних службовими особами юридичних осіб приватного права. Так, Я. В. Ризак слушно звертає увагу на те, що термінологічний зворот «службова особа юридичної особи приватного права», використаний у

статтях 364-1 і 368-3 КК, не охоплює осіб, які, не займаючи посад в юридичних особах приватного права, виконують в інтересах цих юридичних осіб відповідні функції за спеціальним повноваженням. Крім того, авторка вважає за необхідне коло суб'єктів так званого пасивного підкупу в приватному секторі (ч. 3 ст. 368-3 КК) розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи – підприємця на підставі трудового договору, виконують відповідні функції. Адже фізичні особи – підприємці є повноцінними суб'єктами господарювання, прирівняними за повноваженнями до комерційних юридичних осіб, у зв'язку з чим пов'язані з управлінням інтереси служби в таких осіб потребують належної кримінально-правової охорони. Зважаючи на викладене, суб'єкта злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК, запропоновано позначити як «службову особу, крім тієї, що вказана у ч. 1 примітки до ст. 364 КК України» [5, с. 217–220].

Такий крок, попри незвичність наведеного формулювання та його фрагментарність, є конструктивним. Варто лише уточнити, що йова в цьому разі повинна йти про службову особу, крім тієї, що вказана не лише в ч. 1, а і в ч. 2 примітки до ст. 364 КК. Реалізація викладеної пропозиції, означаючи відмову від дискусійного в цивілістиці поділу юридичних осіб на осіб публічного і приватного права, дозволить точніше визначити коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за підкуп у приватному секторі.

### Література

1. Андрушко П. П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України / П. П. Андрушко. – К.: Атіка, 2012. – 332 с.
2. 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13-14 жовтня 2011 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – 456 с.
3. Нерсисян А. С. Службова злочинність у приватній сфері за кримінальним законодавством України / А. С. Нерсисян // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 21–22 вересня 2012 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 387–390.
4. Горбачов Д. М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Горбачов Дмитро Миколайович. – К., 2014. – 230 с.
5. Ризак Я. В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ризак Яна Володимирівна. – К., 2014. – 255 с.