

Ніколенко Р.О.

Національний університет «Одеська юридична академія»

НАДАННЯ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ ЯК СИСТЕМОУТВОРЮЮЧИЙ ЕЛЕМЕНТ КОНСТРУКЦІЇ СТ. 365-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У роботі встановлено, що перелік спеціальних суб'єктів, який майже щорічно змінюється та доповнюється законодавцем у диспозиціях основних складів злочинів, передбачених ст.ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 Кримінального кодексу України, свідчить про методологічні вади нормативної конструкції, оскільки протирічить принципу рівності та законності, заважаючи застосовувати рівну міру державного примусу до корупціонерів. Це дозволяє звернути увагу на пропозиції щодо встановлення в якості нормоутворюючого поняття публічних послуг.

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

Постановка проблеми. Кримінально-правова політика забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є відносно самостійним напрямом кримінально-правової політики України, під якою розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (ст.ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 Кримінального кодексу України).

До спеціальних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (у тій частині, в якій вони вчиняються відповідними суб'єктами), можуть бути віднесені 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), військовій службовій злочини (ст.ст. 423–427 КК).

Постановка завдання. Мета – розглянути пропозиції щодо встановлення в якості нормоутворюючого поняття публічних послуг.

Виклад основного матеріалу. 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.

Основне ж питання зводиться до того, чи потрібна насправді в сучасних умовах диференціація кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній (зокрема, державній і самоврядній) і непублічній управлінських сферах, що має бути визначеним в якості системоутворюючого елемента під час диференціації цих деліктів. Зрозуміло, що основним елементом виступають характеристики суб'єкту корупційних злочинів [1]. Так чи інакше, але саме такий підхід щодо диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення втілено в кримінальному законодавстві як країн близького зарубіжжя (у т.ч. Грузії, Казахстану, Киргизії, Латвії, Литви, Таджикистану, Туркменістану), так і в ряді країн континентальної Західної Європи (зокрема, Австрії, Голландії, Іспанії, Італії, Німеччини, Норвегії, Франції, Швейцарії).

Мета «служіння» держави інтересам людини хоч і знайшла пряме текстуальне відтворення в діючому законодавстві, але поки що не стала пануючою як у свідомості державних службовців, так і в практичній діяльності осіб, які нада-

ють публічні послуги. Це є складним завданням, оскільки потребує якісно нового підходу щодо сутності та функціональної орієнтації виконавчої влади, запровадження її нової ідеології. Правове регулювання відносин органів публічної влади з громадянами та юридичними особами є однією з актуальних проблем українського суспільства. Свого часу М.І. Мельник провів комплексне дослідження та обґрунтував доцільність вживання терміну «корупційний злочин». Він підкреслив, що виділення корупційних злочинів як особливого виду злочинів видається абсолютно правомірно обґрунтованим. Розкриваючи суть цього питання, М.І. Мельник зазначив, що ці злочини об'єднуються в групу на підставі спільних і обов'язкових для всіх їх ознак: суб'єкта злочину, сфери вчинення, особливостей ознак об'єктивної й суб'єктивної сторони складу особистих інтересів чи інтересах третіх осіб [2]. Історія правової думки щодо характеристик службових злочинів (К.П. Задоя, В.П. Коваленко, Д.Г. Михайленко, О.Я. Светлов, Д.О. Сисоєв, Т.І. Слуцька, В.Г. Хашев, І.І.Чугуніков) нараховує велику кількість поглядів, які стосуються проблем юридичної техніки конструювання характеристик службових злочинів. Перш за все, ми бачимо це в характеристиках, якості структурної та змістовної побудови нормативно-правових актів, які регламентують відповідальність за службові злочини [3, с. 202]. Саме таким чином можна з'ясувати й окремі характеристики трансформації інституту протидії корупційним злочинам [4–6].

Великим досягненням нашого кримінального законодавства після прийняття центрального в цій сфері на сьогодні Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» № 1261-VII від 13.05.2014 [7] є те, що ідея диференціації кримінальної відповідальності в публічній та непублічній управлінських сферах була реалізована в Україні на законодавчому рівні.

З'ясування характеристик перспективи зловживання пов'язане і з особливостями кваліфікації складу злочину та визначенням системоутворюючого (нормоутворюючого) елементу диспозиції основного складу злочину. Об'єктом злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, є встановлений законодавством порядок здійснення професійної діяльності з надання публічних послуг, а також охоронювані законом права і інтереси окремих громадян, юридичних осіб, інтересів суспіль-

ства і держави. Предметом цього злочину є неправомірна вигода, під якою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи.

Нормоутворюючим елементом диспозиції є суб'єкт. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, визнаються 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. Такий перелік спеціальних суб'єктів, що щорічно доповнюється законодавцем, свідчить про методологічні вади нормативної конструкції, оскільки протирічить принципу рівності та законності, заважаючи застосовувати рівну міру державного примусу до корупціонерів.

Вважається також, що в ряді випадків особами, які надають публічні послуги, можуть бути визнані, зокрема: працівники підприємств, установ та організацій, які надають адміністративні послуги; соціальні працівники, в 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 і комунальних засобів масової інформації, проте це поширене тлумачення, що не надає можливості використання норми [8].

Поруч із цим, заважаючи на нагальну потребу поширення криміналізації на діяння, які вчинюються значно більшим переліком суб'єктів, ніж зазначені в ч. 1. ст. 365-2 КК України, висока латентність та процесуальна неспроможність доказування ведуть до певної штучності під час застосування норми.

Штучність притягнення до відповідальності зловживання повноваженнями особами, 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. [9].

Оскільки злочином, передбаченим ст. 365-2 КК, порушується нормальний, встановлений законодавством порядок надання публічних послуг, то саме публічні послуги, а не окремі види спеціальних суб'єктів повинні бути визнаними нормоутворюючим елементом складу.

У спеціальній літературі є 2 підходи до визначення поняття «публічні послуги»: по-перше, їх ототожнення за змістом із поняттями «державні послуги» чи «адміністративні послуги»; по-друге, широке розуміння поняття «публічні послуги» – як дії чи бездіяльності, що створює певну користь для особи, яка її споживає в процесі її надання (здійснення), результати якої не знаходять матеріального втілення в певних речах. Ідеологами запровадження правової теорії послуг в Україні є такі науковці, як В. Авер'янов, І. Голосніченко, В. Долечек, І. Коліушко, А. Ліпінцев, О. Поляк, В. Тимошук, Г. Чміленко та інші [10, с. 88]. Як правило (С. Ківалов), під публічними послугами розуміють юридично значимі діяння (діяльність) цивільно-правового чи адміністративно-приватного характеру повноважних (компетентних) фізичних та юридичних осіб, якими задовольняються (спрямовані на задоволення) законні інтереси, потреби фізичних та юридичних осіб нематеріального характеру [11–13]. Це юридично значимі діяння (діяльність) цивільно-правового чи адміністративно-приватного характеру повноважних (компетентних) фізичних та юридичних осіб, якими задовольняються (спрямовані на задоволення) законні інтереси, потреби фізичних та юридичних осіб нематеріального характеру [14–16].

Відомо, що А.Б. Шаститко пропонує розглядати публічні послуги через їх основне завдання, а саме підвищення ефективності державного управління. Дослідником розроблено два підходи до розуміння цього поняття – емпіричний і теоретичний. У рамках першого підходу під публічними послугами розуміються послуги, надані (у зв'язку з виконанням владних функцій) органами виконавчої влади та їхніми установами при безпосередній взаємодії з громадянами. Відповідно до другого підходу публічними вважаються послуги, що мають властивості приватних

благ, але безпосередньо сполучені зі специфікацією і захистом прав власності окремих осіб. Він зазначає, що в економічному змісті держава надає послуги, що є суспільними благами. У правовому змісті блага не потрапляють у категорію послуг, тому що суспільний договір не виступає формою договору в юридичному плані, що містить обіцянку з юридично значимими наслідками у випадку їхнього невиконання. Таким чином, із точки зору об'єктивної сторони складу злочину діяння, яке полягає в зловживанні правом [17] під час використання особою своїх повноважень, наданих у зв'язку із здійсненням професійної діяльності (у сфері адміністративній, соціальній, із надання правової допомоги, житлово-комунальній, інформаційній, медичній сфері оздоровлення й відпочинку, освітній, транспортній тощо), є публічною послугою, тобто публічно-владною діяльністю суб'єкту управління, яка пов'язана з виконанням його повноважень, спрямована на забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи і здійснювана за її заявою [18].

Детально проаналізувавши положення сучасного законодавства, П.П. Андрушко з'ясував, що зловживання правом у час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і протягом їх виконання, дотримання і застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Отже, можливе визначення зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги як діяльності, яка: 1) відбувається лише через здійснення (реалізацію) суб'єктами їхніх юридичних прав; 2) завжди є умисною поведінкою; 3) заподіює непропорційну шкоду правовим відносинам, їхнім учасникам. Це надало можливість досліднику висловити пропозицію, згідно з якою законодавець повинен доповнити ст. 365-2 КК приміткою, в п. 1 якої зазначити, що під публічними послугами в статтях 365-2 та 368-4 КК розуміються: 1) послуги нематеріального характеру, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, державними та комунальними підприємствами, установами та організаціями (адміністративні послуги), перелік і порядок надання яких визначається законодавством; 2) послуги, що надаються особами, зазначеними в статтях 365-2 та 368-4 цього Кодексу, які їх надають як самозайняті особи (особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність) чи як наймані працівники; 3) медичні та освітні послуги, послуги з охорони власності та грома-

дян, а також послуги у сфері туризму, телекомунікацій та поштового зв'язку; 4) соціальні послуги, які надаються з підстав і в порядку, визначеному законодавством (варіант – визначеному Законом України «Про соціальні послуги») [19].

Висновки. Доцільність перелічення в статті Особливої частини КК усіх категорій осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є мінімальною. У цьому

випадку саме звернення юридичної громадськості до продовження обговорення питань визнання поняття та змісту публічних послуг як нормотворюючого елементу диспозицій ст.ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 Кримінального кодексу України є доцільним, оскільки ліквідує правову невизначеність та відповідає загальноправовим принципам законності та рівності як підґрунтя сучасної юридичної техніки.

Список літератури:

1. Андрушко П. П. Поняття корупційного злочину, ознаки його складу // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ.конф. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. С. 16–29.
2. Мельник М.І. Корупція: сутність, поняття, заходи протидії: монографія. К.: Атіка, 2001. 304 с.
3. Поліщук Г.Б. Місце та значення юридичної техніки кодифікаційних актів // Сучасні проблеми правової системи України. 2009. С. 202.
4. Михайленко Д.Г. Теоретичні аспекти трансформації інституту корупційних злочинів. // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 74 Одеса: Юридична література, 2014. С. 338–346.
5. Волженкин Б.В. Служебные преступления. М.: Юристъ, 2000. 368 с.
6. Чугуніков І.І. Поняття злочинів у сфері службової діяльності: історія питання та сучасний стан проблеми // Актуальні проблеми політики. 2008. Вип. 33. С. 76–83.
7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України № 1261-VII від 13.05.2014. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1261-18#n78>.
8. Данилевський А.О. Особа, яка надає публічні послуги, як суб'єкт злочину. Вісник державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. Спеціальний випуск № 6 у трьох частинах. Частина 1 «Кримінальна юстиція в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку». С. 96–102.
9. 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#.
10. Ковбас, І.В. Дефінітивно-сутнісний аналіз публічно-владних послуг. Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство: Зб. наук. праць. 1996. 2008. Вип. 478. 124 с.
11. 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.
12. 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.
13. Ківалов С.В. Адміністративні послуги: поняття, види, процедурне регулювання. Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса: Фенікс, 2015. 233 с.
14. Шемякін О.В. Протидія і запобігання корупційним злочинам у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис... канд. юр. наук. Спец. 12.00.08; Національна академія прокуратури України. Київ, 2013. 20 с.
15. Легеза Є.О. Концепція публічних послуг: адміністративно-правовий аспект: дис... докт. юр. наук. Спец. 12.00.07; Запорізький національний університет, Запоріжжя, 2017.
16. Шиндель Ю.І. Зміст надання публічних послуг у складі злочину, передбаченому ст. 365-2 Кримінального кодексу України. Вісник ХНУ імені В.Н. Каразіна. Сер.: Право. 2013. № 1082. С. 173–177.
17. Тулякова М.А. Злоупотребление правом: концептуальные характеристики // Актуальні проблеми політики. Вип. 17 2003. С. 211–214.
18. Шаститко А.Е. Организационные рамки предоставления публичных услуг. Вопросы экономики. 2004. № 7. С. 33.
19. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. К.: Атіка, 2012. С. 258–259.

**ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ПУБЛИЧНЫХ УСЛУГ КАК СИСТЕМОБРАЗУЮЩИЙ ЭЛЕМЕНТ
КОНСТРУКЦИИ СТ. 365-2 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ**

В работе установлено, что перечень специальных субъектов, который почти ежегодно меняется и дополняется законодателем в диспозициях основных составов преступлений, предусмотренных ст.ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 Уголовного кодекса Украины, свидетельствует о методологических недостатках нормативной конструкции, поскольку противоречит принципу равенства и законности, мешая применять равную меру государственного принуждения к коррупционерам. Это позволяет обратить внимание на предложения по установлению в качестве нормообразующего понятия публичных услуг.

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

**PROVISION OF PUBLIC SERVICES AS CONSTITUTING ELEMENT OF THE CONSTRUCTION
OF ARTICLE 365-2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE**

The paper establishes that the list of special subjects, which is almost annually changed and supplemented by the legislator in the disposition of the main components of the crimes provided in Articles 345-2, 368-4, part 2 of Article 355 of the Criminal Code of Ukraine, indicates methodological defect of normative design, as it contradicts the principle of equality and legality, preventing the use of equal measure of state coercion against corrupt officials. This allows us to pay attention to the proposals for the establishment of a normative concept of public services as a main element of actus reus.

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