

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.35

DOI <https://doi.org/10.32840/1813-338X-2021.3.14>**О. К. Марін**

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка

ОСОБА, ЯКА НАДАЄ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ, ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

Наведені у статті ознаки поняття «особа, яка надає публічні послуги» слугуватимуть чіткому встановленню обсягу цього поняття, що має не лише упорядковувальне теоретичне значення, а і практично-прикладне значення для забезпечення точності кримінально-правової кваліфікації відповідних кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, розмежування їхніх складів та вирішення проблем конкуренції норм, що їх передбачають. У статті відзначається, що особами, які надають публічні послуги, є особи, перелічені в диспозиціях відповідних статей Кримінального кодексу України, у найширшому їхньому значенні (статті 365², 368⁴ та 358 Кримінального кодексу України). Крім того, з огляду на невичерпний перелік відповідних осіб, постає необхідність визначення родових ознак відповідного поняття. Аналіз проаналізованих визначень дає можливість скласти загальне уявлення про перелік родових ознак поняття «особа, яка надає публічні послуги», які у статті об'єднані у три групи: 1) сферою надання публічних послуг могут бути: адміністративні, соціальні, з надання правової допомоги, житлово-комунальні, інформаційні, медичні, послуги з оздоровлення і відпочинку, освітні тощо; 2) особи, які надають публічні послуги, не є державними службовцями чи посадовими особами місцевого самоврядування; водночас відповідні послуги надаються на професійних засадах, тобто особами з вищою освітою і такими, що відповідають категорії «професіонали» відповідно до трудового законодавства; повноваження таких осіб передбачені відповідними законами України; 3) публічні послуги є саме такими, якщо: вони є загальнодоступними, тому надаються на звернення будь-якої особи; такі послуги, на відміну від суто професійних, мають юридично значущий характер, оскільки підтверджують чи посвідчують певні події, явища або факти, які породжують чи здатні породити наслідки правового характеру; такі послуги належать публічній сфері суспільних відносин і пов'язані з виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування; здійснення повноважень у межах надання таких послуг не є реалізацією приватного інтересу особи, яка надає публічні послуги, хоча може здійснюватися на умовах оплати.

Ключові слова: кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, родові ознаки поняття, кваліфікація, розмежування.

Постановка проблеми. Одним із спеціальних суб'єктів кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є нове явище у кримінальному праві України – особа, яка займається професійною

діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг. Уведення до тексту Кримінального кодексу (далі – КК) України та правової системи держави загалом такого спеціального суб'єкта поклато край окремим науковим дискусіям (наприклад, чи є експерт службовою особою),

однак і породило нові. Як же визначити наведене поняття, яке є по суті симбіозом відомих праву понять «адміністративна послуга» та «публічний договір»?

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Питанням з'ясування змісту поняття «особа, яка надає публічні послуги» присвятили свої праці такі вчені, як: О.О. Дудоров, С.С. Косняк, Р.О. Ніколенко, А.С. Осадча, М.І. Хавронюк, М.-М.С. Яциніна й інші вчені. Здебільшого проаналізовані публікації спрямовувалися на з'ясування родових ознак професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. У результаті проведених наукових пошуків запропоновано низку визначень досліджуваного в цій статті поняття, з якими не можна погодитись повною мірою.

Мета статті – сформулювати перелік ознак поняття «особа, яка надає публічні послуги», які слугуватимуть чіткому встановленню його обсягу, що має не лише упорядковувальне теоретичне значення, а й практично-прикладне, для забезпечення точності кримінально-правової кваліфікації відповідних кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, розмежування їхніх складів та вирішення проблем конкуренції норм, що їх передбачають.

Виклад основного матеріалу. Визначення поняття «особа, яка займається професійною діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг», або коротко, відповідно до формулювання назв ст. ст. 365², 368⁴ КК України, – «особа, яка надає публічні послуги», можна спробувати сформулювати за допомогою положень диспозицій відповідних статей КК.

Законодавець використав відкритий перелік як спосіб визначення цього поняття. Відповідно до положень диспозицій ст. 365² КК України до осіб, які надають публічні послуг, точно належать:

- 1) аудитор;
- 2) нотаріус;
- 3) оцінювач;

4) уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб;

5) інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, зокрема й послуг:

- експерта;
- арбітражного керуючого;

- приватного виконавця;
- незалежного посередника;
- члена трудового арбітражу;
- третейського судді (під час виконання цих послуг);

6) державний реєстратор;

7) суб'єкт державної реєстрації прав;

8) державний виконавець;

9) приватний виконавець.

Наведене визначення не видається нам досконалим чи навіть просто зрозумілим. Перша ж недоречність, яка впадає в око, виходячи з аналізу запропонованого законодавцем переліку осіб, які надають публічні послуги, є посилання на «приховану» негативну ознаку цього поняття: *«не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування»*. Річ у тому, що досі законодавець у тексті кримінального закону не вживав ці два поняття. Очевидно, ставити знак рівняння між представником влади і представником місцевого самоврядування та державним службовцем і посадовою особою місцевого самоврядування відповідно – підстав немає. Це різні за своєю природою та функціональним призначенням поняття. Перші два свідчать про наявність в особи статусу службової особи, інші – про статус службовця в адміністративно-правовому порядку. Якщо законодавець цією негативною ознакою намагався відмежувати ці два види спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: службової особи й особи, яка надає публічні послуги, – спроба невдала. Особливо із зазначенням у переліку осіб, які надають публічні послуги, як-от державний виконавець – державний службовець та представник влади, державний реєстратор – часто посадова особа місцевого самоврядування. Крім того, у запалі «удосконалення» антикорупційного законодавства часом втрачається логіка диференціації кримінальної відповідальності окремих суб'єктів, серед «осіб, які надають публічні послуги» з'являються «службові особи», наприклад, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб.

Невдалим є також спосіб визначення поняття «особа, яка надає публічні послуги». Законодавець визначив цього спеціального суб'єкта: 1) подвійним переліком таких осіб: а) аудитор, нотаріус, оцінювач, уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та б) державний реєстратор, суб'єкт реєстрації прав, державний виконавець,

приватний виконавець; 2) відкритим переліком відповідних послуг, які може надавати відповідна особа: експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді. Водночас вказівка законодавця на «час виконання цих функцій» видається абсолютно зайвою, оскільки вчинити зловживання повноваженнями безвідносно до виконання відповідних функцій неможливо, а обмежувати таку поведінку часовими рамками недоцільно. Крім того, цікава наявність двох суб'єктів: особи, яка виконує послуги приватного виконавця, та приватного виконавця. Виходячи зі змісту регулятивного законодавства: Закону України «Про виконавче провадження» та Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», це та сама особа.

Крім наведеного вище, встановленню змісту поняття саме цього виду спеціального суб'єкта злочинів у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, може допомогти використання системного тлумачення КК України. Щоправда, ця допомога спричиняє ще більше незрозуміння позиції законодавця. Так, посилання на особу, яка надає публічні послуги, міститься ще й у ст. 358 КК України. Ч. 2 ст. 358 КК України встановлює ознаки спеціального суб'єкта відповідного злочину шляхом вказівки на позитивні та негативні ознаки, а саме: «<...> працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача приватним підприємцем, аудитором, експертом, оцінювачем, адвокатом, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг <...>». Із цього визначення випливають такі міркування: 1) адвокат, на думку законодавця, є особою, яка займається професійною діяльністю, пов'язаною з наданням публічних послуг (думається, що точно не адміністративних); 2) чи не вважає законодавець фізичну особу – підприємця особою, яка надає публічні послуги безвідносно до характеру реальних послуг, які нею надаються? Перелік запитань, які виникають із системного тлумачення, можна

продовжувати й далі. Однак головним залишається те, що ясності в розумінні цього виду спеціального суб'єкта кримінального правопорушення більше не стало.

Сумнівів у визначеність цього поняття додає ще й те, що з переліку осіб, які надають публічні послуги, відповідно до ст. 368⁴ КК України «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», десь зникли (а точніше – не з'явилися) й уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, і державний реєстратор, і суб'єкт реєстрації прав, і державний виконавець. Постає закономірне питання, наприклад, чи не потрібно одержання неправомірної вигоди, наприклад, державним виконавцем, кваліфікувати не за ст. 368 КК України, а за більш привілейованою нормою, передбаченою ст. 368⁴ КК України, яка містить невичерпний перелік осіб, які надають публічні послуги, а диспозиція ст. 365² КК України до таких осіб відносить, серед іншого, і державних виконавців? Абсурд.

Для об'єктивного та повного визначення поняття, яке не має чітко визначеної множини свого обсягу, необхідно використати родові ознаки цього поняття. Оскільки законодавець невичерпний перелік запропонував щодо видів публічних послуг, зазначив ознаку «у тому числі», необхідно навести родові ознаки поняття «публічні послуги».

Доктрина кримінального права володіє певним набором позицій та підходів щодо визначення відповідного поняття. Наведемо короткий нарис надбань кримінально-правової науки у сфері визначення відповідного поняття.

Так, В.І. Тютюгін зазначив, що в основу вирішення цього питання можуть бути покладені різні критерії, а публічними можуть визнаватися послуги, виходячи з того, що: а) вони є загальнодоступними, тому надаються на звернення будь-якої особи; б) правом надання таких послуг осіб, які здійснюють певну професійну діяльність, наділяють органи держави чи місцевого самоврядування; в) такі послуги, на відміну від суто професійних, мають юридично значущий характер, оскільки підтверджують чи посвідчують певні події, явища або факти, які породжують чи здатні породити правового характеру; г) у разі надання таких послуг зазначені особи також виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, але не належать водночас до службових осіб чи найманих працівників юридичних осіб публічного чи приватного права [1].

На думку О.І. Григораша, варто 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 та муніципальної влади, або іншим суб'єктом; 4) ґрунтуються як на публічній, так і на приватній власності. Стверджується, що публічні послуги – це послуги, які надаються державними структурами й органами місцевого самоврядування або іншими суб'єктами публічним коштом. За ознаками суб'єкта управління, який надає публічні послуги, варто відрізнити такі види публічних послуг: 1) державні послуги – це послуги, які надаються органами державної влади (насамперед виконавчої) та державними підприємствами, установами й організаціями. До державних послуг відносять також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень, коштом державного бюджету; 2) муніципальні (комунальні) послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування, комунальними підприємствами, установами й організаціями коштом місцевих бюджетів; 3) управлінські послуги – це розпорядча діяльність органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, що регламентована законом і здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб, спрямована на реалізацію їхніх прав, свобод і законних інтересів; 4) адміністративні послуги, які передбачають юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їхньою заявою (видача дозволів / ліцензій, сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо) [2].

Ю.В. Городецький і С.В. Гзімчук зазначають, що публічні послуги характеризуються такими ознаками: 1) спрямованістю на захист чи забезпечення умов для реалізації суспільних інтересів, прав та інтересів фізичних та юридичних осіб; 2) порядок та форма їх надання визначені державою чи органом місцевого самоврядування; 3) вони породжують наслідки правового характеру [3, с. 263].

Науковці Національної академії прокуратури України визначають публічні послуги як послуги: 1) що безпосередньо породжують наслідки правового характеру, спрямовані на реалізацію прав та законних інтересів фізичних або юридичних осіб; 2) порядок та форма надання яких визначається державою чи орга-

нами місцевого самоврядування у відповідних нормативно-правових актах або угодах; 3) що надаються особами, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування. До публічних послуг за умови, що вони безпосередньо спричиняють правові наслідки, належать такі види послуг, як: адміністративні, соціальні, з надання правової допомоги, житлово-комунальні, інформаційні, медичні, послуги з оздоровлення і відпочинку, освітні, послуги із протипожежного захисту та рятування, транспортні та послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо [4, с. 16, 36].

М.І. Хавронюк визначає публічні послуги як послуги, що надаються публічним сектором (тобто органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами й організаціями державної та комунальної форм власності), а в окремих випадках – приватним сектором під відповідальність публічного сектору / публічної влади і публічним коштом (тобто коштом державного і місцевого бюджетів). Науковець зазначає, що, крім адміністративних, за критерієм їхнього змісту виділяються такі види публічних послуг, як соціальні, житлово-комунальні, медичні послуги та послуги з оздоровлення та відпочинку, освітні послуги, послуги із протипожежного захисту та рятування, транспортні послуги та послуги зв'язку, послуги з фізичної культури і спорту тощо [5, с. 76].

В.М. Киричко вважає, що до загальних ознак, які характеризують зазначених осіб (які надають публічні послуги – О. М.), можна віднести такі: 1) їхні повноваження передбачені відповідними законами України; 2) їхні функції належать публічній сфері суспільних відносин і пов'язані з виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування; 3) публічна послуга виражається у здійсненні певних повноважень, передбачених законом, на засадах об'єктивності та неупередженості; 4) здійснення повноважень не є реалізацією приватного інтересу особи, яка надає публічні послуги, хоча може здійснюватися на умовах оплати; 5) фактичні результати здійснення особами своїх повноважень зазвичай відображаються в офіційному документі та набувають обов'язкового юридичного значення для всіх суб'єктів правовідносин або лише для визначених законом суб'єктів (наприклад, для сторін спору); 6) ухвалені такими особами рішення спричиняють чи здатні спри-

чинити наслідки правового характеру у сфері виконання функцій держави чи місцевого самоврядування (регулювання суспільних відносин загалом, забезпечення умов для реалізації прав та законних інтересів фізичних чи юридичних осіб, захисту таких прав та інтересів, урегулювання спорів / конфліктів тощо). Ці ознаки можна брати до уваги під час вирішення розглядуваного питання лише в їх сукупності, з урахуванням того, що вони є лише теоретичних орієнтиром, який може мати практичне значення для законодавчого вирішення цього питання [6, с. 50–51].

Висновки і пропозиції. У підсумку відзначимо, що особами, які надають публічні послуги, точно є особи, перелічені в диспозиціях відповідних статей КК України, у найширшому їхньому значенні. Річ у тому, що водночас ми враховуємо правило, відповідно до якого однаковий термін, який ужито у Кримінальному кодексі України, має однаковий зміст, якщо інше не встановлено самим Кодексом. Інше тлумачення нелогічне і не повинно бути застосоване. Крім того, з огляду на невичерпний перелік відповідних осіб, постає необхідність визначення родових ознак відповідного поняття. Аналіз наведених визначень дає можливість скласти загальне уявлення про перелік родових ознак поняття «особа, яка надає публічні послуги». Водночас усі ці ознаки можна розділити на три групи: 1) щодо сфери, у якій надаються такі послуги; 2) щодо статусу осіб, які надають такі послуги; 3) щодо змісту чи характеру самих послуг:

1) за сферою надання публічні послуги можуть бути такі:

- адміністративні;
- соціальні;
- з надання правової допомоги;
- житлово-комунальні;
- інформаційні, медичні;
- послуги з оздоровлення і відпочинку;
- освітні;
- послуги із протипожежного захисту та рятування,

- транспортні і послуги зв'язку;
- послуги з фізичної культури і спорту тощо;

2) особами, які надають публічні послуги, можуть бути:

– особи, які не є державними службовцями чи посадовими особами місцевого самоврядування. З погляду правової визначеності та недопущення колізій такі особи не повинні бути службовими особами в розумінні ст. 18 КК

України та працівниками підприємств, установ чи організацій у розумінні ст. 354 КК України. Фактично вони можуть виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, але не належать водночас до службових осіб чи найманих працівників юридичних осіб публічного чи приватного права;

– також відповідні послуги надаються на професійних засадах, тобто особами з вищою освітою та такими, що відповідають категорії «професіонали» відповідно до трудового законодавства;

– повноваження таких осіб передбачені відповідними законами України;

3) публічні послуги є саме такими, якщо:

– вони є загальнодоступними, тому надаються на звернення будь-якої особи;

– такі послуги, на відміну від суто професійних, мають юридично значущий характер, оскільки підтверджують чи посвідчують певні події, явища або факти, які породжують чи здатні породити наслідки правового характеру;

– такі послуги належать публічній сфері суспільних відносин і пов'язані з виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування;

– здійснення повноважень у межах надання таких послуг не є реалізацією приватного інтересу особи, яка надає публічні послуги, хоча може здійснюватися на умовах оплати.

Список використаної літератури:

1. Тютюгін В.І. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення. *Юридичний вісник України*. 2010. № 5.
2. Григораш О.І. Публічні послуги у сфері державного управління: поняття та зміст. *Науковий вісник Чернівецького університету*. № 385. URL: <http://lawreview.chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=32&article=715>.
3. Кримінальне право України : Особлива частина : підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-е вид., переробл. і доп. Харків : Право, 2010. 608 с.
4. Методичні рекомендації з питань кваліфікації корупційних злочинів, передбачених ст. ст. 364¹, 365¹, 365², 368², 368³, 368⁴, 369² КК України / О.Г. Кальман та ін. Національна академія прокуратури України, 2012.
5. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». Київ : Атіка, 2011. 424 с.
6. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків : Право, 2013. 424 с.

Marin O. K. Person providing public services as a special subject of a criminal offense

The article presents the features of the term “the person providing public services”. These features are essential to establish the scope of this notion clearly. This, in turn, has not only arranging theoretical meaning, but also practical meaning for ensuring the accuracy of criminal law qualification of the relevant criminal offenses in the field of official activities and professional activities related to the provision of public services, their delimitation and solving problems of competition of norms providing them. The article notes that the persons providing public services are the persons listed in the dispositions of the relevant articles of the Criminal Code of Ukraine in their broadest sense (Articles 365², 368⁴ and 358 of the Criminal Code of Ukraine). In addition, taking into account the non-exhaustive list of relevant persons, it is necessary to determine the generic features of the notion. The analyzed definitions give grounds to make the general idea of the list of generic features of the notion “the person providing public services”; this article unites them into three groups:

1) the spheres of providing public services may be: administrative, social, legal aid services, housing and communal, information, medical, health and recreation services, educational services, etc.;

2) persons providing public services are neither civil servants nor local self-government officials; nevertheless, public services are provided on a professional basis, i.e. by persons with higher education and those who meet the category of "professionals" in accordance with labor legislation; the powers of such persons are provided for by the relevant Laws of Ukraine;

3) the services are public services if:

- they are publicly available and therefore provided at the request of any person;*
- such services, contrary to only professional ones, are legally significant since they confirm or certify certain events, phenomena or facts that cause or are capable of causing legal consequences;*
- such services belong to the public sphere of social relations and are related to the performance of the functions of the state or local self-government;*
- the exercise of powers within the provision of such services is not the realization of the private interest of the person providing public services, although may be carried out on terms of payment.*

Key words: *criminal offenses in field of official activities and professional activities related to provision of public services, generic features of notion, qualification, delimitation.*