

## РОЗДІЛ 2

# КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-7/9>

### ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ОСОБАМИ, ЯКІ НАДАЮТЬ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ

#### ABUSE OF AUTHORITIES BY PERSONS PROVIDING PUBLIC SERVICES

Коваль М.М., к.ю.н.,  
доцент кафедри кримінального права і процесу  
Інститут права, психології та інноваційної освіти  
Національного університету «Львівська політехніка»

Зеленюх О.В., старший лаборант кафедри кримінального права і процесу  
Інститут права, психології та інноваційної освіти  
Національного університету «Львівська політехніка»

Нині в нашій державі відбуваються складні реформаційні процеси, поряд із якими питання вдосконалення й ефективності кримінального законодавства набуває особливого значення. З огляду на це та на численність вчинення кримінальних правопорушень у службовій і професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг, а також беручи до уваги велику кількість змін і доповнень, які вносилися до Кримінального кодексу України останнім часом, актуальним є дослідження такого складу кримінального правопорушення як зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Стаття присвячена аналізу ст. 365-2 Кримінального кодексу України в контексті розгляду нотаріуса як суб'єкта зловживання повноваженнями, наданими законом. Проведено кримінально-правову характеристику такого кримінального правопорушення. З об'єктивної сторони вказане вище правопорушення характеризується: 1) діянням, яке може бути вчинене як шляхом дії, так і бездіяльності, і полягає у зловживанні особою своїми повноваженнями, наданими їй у зв'язку зі здійсненні професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; 2) наслідками у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам чи інтересам юридичних осіб; 3) причинним зв'язком між діянням і наслідками.

Щодо суб'єкта вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365-2 КК України, слід зауважити, що нотаріус є спеціальним суб'єктом. Це фізична осудна особа, яка вчинила діяння у віці, з якого може настати кримінальна відповідальність, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є мета зловживання – отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Обґрунтовано позицію щодо поділу у кримінальному законодавстві нотаріусів на державних і приватних.

**Ключові слова:** нотаріус, професійна діяльність, пов'язана з наданням публічних послуг, кримінальна відповідальність, державні послуги, спеціальний суб'єкт.

Currently, complex reform processes are taking place in our country, along with which the issue of improvement and effectiveness of criminal legislation becomes especially important. Given this and the number of criminal offenses in official and professional activities related to the provision of public services, as well as taking into account the large number of changes and additions to the Criminal Code of Ukraine recently, it is important to study the composition of such criminal offenses as abuse of power by persons providing public services.

This article is devoted to the analysis of Article 365-2 of the Criminal Code of Ukraine in the context of consideration of the notary as a subject of abuse of power provided by law. The criminal-legal characteristic of this criminal offense is carried out. From the objective point of view, this offense is characterized by: 1) an act that can be committed both by action and omission and is the abuse of a person's powers granted to him in connection with the implementation of professional activities related to the provision of public services; 2) consequences in the form of significant damage to the rights or interests of individual citizens protected by law, state or public interests or the interests of legal entities; 3) the causal link between the act and the consequences.

Regarding the subject of committing a criminal offense under Art. 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, it should be noted that the notary is a special subject, is a natural person who has committed at an age from which criminal liability may arise, the subject of which can only be a certain person. The obligatory sign of the subjective side is the purpose of abuse – to obtain illegal benefits, for themselves or others. The position on the division of the notary into public and private in the criminal legislation is substantiated.

**Key words:** notary, professional activity related to the provision of public services, criminal liability, public services, special entity.

Одним із основних завдань держави є подолання корупційних діянь. У Кримінальному кодексі України міститься низка статей щодо протидії кримінальним корупційним правопорушенням. Однією досить цікавою і новою є ст. 365-2 КК України «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги».

Автори Науково-практичного коментаря до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» та Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» намагаються дати визначення поняттю «публічні послуги» через поняття «державні послуги», але такий підхід викликає багато запитань.

Серед усього кола послуг можна виділити такі, які мають певні ознаки, що відрізняють їх від інших видів послуг. Йдеться про суспільні послуги, які мають так

звану доступність і рівність у загальному переліку споживчих благ, тобто така послуга доступна як одній особі, так і невизначеному колу таких осіб, всі вони мають громадський інтерес, бо є суспільними благами. Раніше такі послуги надавала тільки держава, через що їх називали державні послуги. Нині у зв'язку з певними змінами ролі, яку виконує держава у суспільстві, надання таких послуг держава делегує й іншим структурам, у тому числі недержавного характеру, залишаючи за собою гарантованість їх надання та право на їх організаційно-правову регуляцію. Враховуючи, що за своєю внутрішньої сутністю характер такої послуги не змінюється, а певною мірою змінюються суб'єкти їх надання, то такі послуги останнім часом визначаються як публічні послуги [4, с. 33].

Послуги, що надаються органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами,

установами, організаціями, які перебувають у їх управлінні, згідно із Концепцією розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади є публічними послугами [9].

Залежно від суб'єкта, який надає публічні послуги, розрізняють державні та муніципальні послуги. Державні послуги надаються органами державної влади (здебільшого виконавчої) та державними підприємствами, установами, організаціями, а також органами місцевого самоврядування в порядку виконання делегованих державою повноважень за рахунок коштів державного бюджету. Муніципальні послуги надаються органами місцевого самоврядування, а також органами виконавчої влади та підприємствами, установами, організаціями в порядку виконання делегованих органами місцевого самоврядування повноважень за рахунок коштів місцевого бюджету [12].

У кримінально-правовій доктрині проблему кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, досліджували П.П. Андрушко, С.В. Ізосімов, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, М.І. Хавронюк та інші вчені. Також слід згадати успішний захист дисертаційної роботи Ю.І. Шиндель на тему: «Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги». Однак у працях зазначених вище науковців пропонуються лише загальні ознаки кримінально-правової характеристики такого діяння.

Оскільки у ст. 365-2 КК України міститься перелік суб'єктів вчинення цього кримінального правопорушення, хотілося б визначити зловживання повноваженнями нотаріуса та специфіку його суспільно небезпечних діянь. Нотаріус – це уповноважена державою фізична особа, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності [8]. Нотаріус є особою, яка виконує функції, делеговані їй державою, тому при здійсненні нотаріальної діяльності він повинен бути насамперед неупередженим і зобов'язаним сприяти особам, які до нього звертаються, у реалізації їх прав та захисті законних інтересів.

Характеризуючи нотаріуса як одного із суб'єктів злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, Ю.І. Шиндель визначає осіб, які працюють у державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державних нотаріусів) і осіб, які займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватних нотаріусів) як суб'єктів наведеного складу злочину за умов здійснення вказаними особами своєї професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Авторка також відносить осіб, які уповноважені на здійснення дій, прирівняних до нотаріальних, до категорії суб'єктів, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Загалом погоджуючись із підходами щодо рівності повноважень державних і приватних нотаріусів, І.П. Фріс наголошує на тому, що особи, які, будучи посадовими особами органів місцевого самоврядування, працівниками консульських установ, а також особи, які вчиняють дії, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, не підпадають під категорію осіб, які здійснюють нотаріальну діяльність, оскільки їх діяльність пов'язана із виконанням службових обов'язків і повинна розглядатися як вчинення службового злочину [11, с. 137].

Щодо суб'єкта вчинення злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України, слід зауважити, що нотаріус є спеціальним суб'єктом, тобто фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може настати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа

[2, с. 894]. Щоб зрозуміти, якими повноваженнями нотаріус може зловживати, щоб притягнути його до кримінальної відповідальності за ст. 365-2 КК України, необхідно провести кримінально-правову характеристику цієї статті.

З об'єктивної сторони таке кримінальне правопорушення характеризується: 1) діянням, яке може бути вчинене як шляхом дії, так і бездіяльності, і полягає у зловживанні особою своїми повноваженнями, які їй надані у зв'язку зі здійсненням професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; 2) наслідками у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб; 3) причинним зв'язком між діянням і наслідками.

Розглядаючи суб'єкта вчинення такого злочину, потрібно згадати, що нотаріусом може бути громадянин України, який має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою відповідно до рівня, визначеного Законом України «Про забезпечення функціонування української мови як державної», має стаж роботи у сфері права не менш як шість років, з них помічником нотаріуса або консультантом державної нотаріальної контори – не менш як три роки, склав кваліфікаційний іспит і отримав свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю. Не може бути нотаріусом особа, яка має судимість, обмежена у дієздатності або визнана недієздатною за рішенням суду [8]. Важливим аспектом у такому випадку є те, що особу нотаріуса можна притягнути до кримінальної відповідальності тільки після офіційного прийняття на посаду.

Важливим елементом складу такого кримінального правопорушення є суб'єктивна сторона. У науці кримінального права прийнято визначати суб'єктивну сторону як внутрішню сторону кримінального правопорушення, оскільки вона включає ті психічні процеси, які характеризують свідомість і волю особи в момент вчинення кримінального правопорушення. Ознаками суб'єктивної сторони як елемента складу кримінального правопорушення є вина, мотив і мета. Ці ознаки поділяються на обов'язкові і факультативні. Обов'язковими є ті ознаки, які притаманні будь-якому складу кримінального правопорушення, без яких взагалі немає його складу. Факультативними визнаються ті ознаки, які не є обов'язковими для всіх складів злочинів і в різних складах можуть відігравати різну роль [11, с. 94].

Аналізуючи такий склад кримінального правопорушення, обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є мета зловживання – отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Відповідно до ст. 23 КК виную є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої КК, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності. Враховуючи, що таке кримінальне правопорушення вчиняється виключно умисною формою вини, то необхідно з'ясувати, в яких випадках діями, а в яких бездіяльністю.

Якщо говорити про зловживання повноваженнями, слід звернутися до історії і згадати дослідників римського права, які зазначають, що спочатку діяв принцип “*qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam*” (з лат.: хто здійснює своє право, той не утискає прав інших) [7, с. 113]. З появою випадків, коли здійснення особою належного їй права супроводжувалося умисним завданням шкоди правам та інтересам інших осіб (так звана *Chikane*) виник новий принцип “*malitiis pop est indulgendum*”.

Нотаріус, якому згідно закону надані повноваження, діє в межах наданого йому права (в такому випадку немає зловживання правом). Якщо суб'єкт виходить за межі, встановлені законом, то він порушує закон, а тому має місце елементарне правопорушення. Зловживання нотаріусом своїми повноваженнями характеризується усвідомленням нотаріусом того, що своїми діями при використанні власних повноважень він не дотримується вимог, встановлених законодавством (законом, Порядком вчи-

нення нотаріальних дій нотаріусами України) до тієї чи іншої нотаріальної дії та передбачає суспільно небезпечні наслідки таких дій.

Слід погодитися із Д.Г. Михайленком у тому, що в ст. 24 КК поняття умислу визначено з урахуванням ознак матеріального складу злочину [6, с. 129]. Такий висновок випливає з того, що як встановлення прямого, так і встановлення непрямого умислу здійснюється на підставі аналізу вольового ставлення особи до наслідків суспільно небезпечного діяння, яке нею вчиняється. При прямому умислі особа передбачає суспільно небезпечні наслідки і бажає їх настання, а при непрямому – передбачає суспільно небезпечні наслідки і хоча й не бажає, але свідомо припускає їх настання.

Як говорить Р.Ш. Бабанли, встановлення вольового моменту діяння дозволяє віднести його до діянь, які вчиняються із прямим або із непрямим умислом, оскільки інтелектуальний момент як прямого, так і непрямого умислу означає усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння та передбачення суспільно небезпечних наслідків. Саме до злочинів із матеріальним складом належить і зловживання нотаріусом своїми повноваженнями, оскільки відповідальність за цей злочин настає лише у випадку, якщо таке зловживання завдало істотної шкоди охоронюваному законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб (відповідно до п. 3 примітки до ст. 364 КК істотною шкодою, якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян) [1, с. 124].

Як зазначає А.І. Рагог, на відміну від небажання – активного вольового процесу, пов'язаного зі ставленням до суспільно небезпечних наслідків, свідоме допущення є активним переживанням, пов'язаним із позитивним вольовим ставленням до наслідків, при якому винний заздалегідь погоджується з настанням суспільно небезпечних наслідків, готовий прийняти їх як плату за досягнення кінцевої мети діяння. Зміст волі виявляється у свідомому допущенні, є досить близьким за своїм психологічним змістом до бажання.

Слід погодитися з тим, що визначене законодавцем небажання заподіяти шкідливі наслідки означає лише відсутність прямої зацікавленості у їх настанні, його не можна розуміти як небажання таких наслідків, прагнення їх уникнути (активне небажання) [10, с. 196]. Поняттям непрямого умислу охоплюється і байдуже ставлення до наслідків, при якому суб'єкт заподіює шкоду суспільним відносинам, не замислюючись над наслідками вчиненого діяння, хоча можливість їх заподіяння здається йому цілком реальною [3, с. 194].

З огляду на викладене вище для доведення вини нотаріуса насамперед потрібно довести його умисел, усвідомлення настання наслідків і можливість отримання неправомірної вигоди. Неправомірна вигода використовується в Особливій частині Кримінального кодексу у двох значеннях: 1) як предмет вчинення злочину (ст.ст. 160, 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 369-3, 370 КК України), 2) як його мета (ст.ст. 364, 364-1, 365-2, 369-3 КК). Законодавець наводить два різних тлумачення поняттю неправомірна вигода: одне – у примітці до ст. 160 КК України, інше – у примітці 2 до ст. 354 КК та примітці до ст. 364-1 КК України.

Оскільки розглянуте нами кримінальне правопорушення належить до правопорушень, вчинених у сфері службової діяльності, тому ми беремо до уваги визначення, зазначене у примітці до ст. 364-1 КК України. Під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав [5].

Чинним законодавством України передбачено, що за вчинення нотаріальних дій нотаріуси стягують відповідну плату. Згідно зі ст. 31 Закону приватні нотаріуси за вчинення нотаріальних дій справляють плату, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом і громадянином або юридичною особою [8]. Варто згадати, що Указом Президента України «Про впорядкування справляння плати за вчинення нотаріальних дій» від 10 липня 1998 року № 762/98 встановлювалося, що розмір плати, яка справляється за вчинення нотаріальних дій приватними нотаріусами, не може бути меншим від розміру ставок державного мита, яке справляється державними нотаріусами за аналогічні нотаріальні дії. Держава встановила мінімальний рівень оплати за надання приватним нотаріусом нотаріальних послуг, але максимального рівня оплати в будь-якому нормативно-правовому документі не передбачено.

Якщо повернутися до примітки ст. 364-1 КК України, в якій зазначено, що «без законних на те підстав», то виникає питання, якщо приватний нотаріус встановлює високу оплату за надання своїх нотаріальних послуг, чи не буде це зловживанням повноваженнями згідно ст. 365-2 КК України.

**Висновки.** Отже, аналізуючи такий склад кримінального правопорушення, передбачений ст. 365-2 КК України, а саме акцентуючи увагу на суб'єкті вчинення кримінального правопорушення (нотаріусі), можна сказати, що в чинному кримінальному законодавстві України відмежування державного і приватного нотаріуса немає. На нашу думку, доводячи вину нотаріуса з метою притягнення його до кримінальної відповідальності, потрібно здійснити таке розмежування.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Бабанли Ш.Р., Оніщук О.М. Суб'єктивні ознаки злочину, який полягає у зловживанні нотаріусом своїми повноваженнями (ст. 365-2 КК). *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. № 2(11). 2013. С. 118–127.
2. Велика українська юридична енциклопедія. Т. 17: Кримінальне право. Харків: Право, 2017. 1064 с.
3. Вереша Р.В. Проблеми вини в теорії кримінального права: навч. посіб. К., 2005. 464 с.
4. Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції». Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»: наук.-практ. коментар / відп. ред.: С.В. Ківалов і Є.Л. Стрельцов. Х.: Одиссей, 2011. 344 с.
5. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року. № 2341-III // *Верховна Рада України*: [офіц. веб-сайт]. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
6. Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара): дис. канд. юрид. наук. Одеса, 2009. 272 с.
7. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с.
8. Про нотаріат [Електронний ресурс]: Закон України від 2 вересня 1993 року № 3425-XII // *Верховна Рада України*: [офіц. веб-сайт]. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12>.
9. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади: розпорядження Кабінету Міністрів України. [Електронний ресурс] від 15.02.2006 № 90-р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-%D1%80>.
10. Уголовное право Российской Федерации: Общая часть: учебник / под ред. А.И. Рагога. Изд.-е 2-е, перераб. и доп. М., 2004. 480 с.
11. Харченко В.Б. Підстави кримінальної відповідальності осіб, уповноважених на здійснення нотаріальних дій. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2015. № 1(9). С. 135–148.
12. Щодо надання роз'яснення термінів, які застосовуються у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». Лист Міністерства юстиції України від 18.12.2009 № 967-0-2-09-22. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v967-323-09>.